

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

L'APPEL

DANS

LA PROCÉDURE DE L'ORDO JUDICIORUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenu le mardi 10 décembre 1907, à 2 heures 1/2

PAR

ERNEST PERROT

ÉLÈVE A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. AD. AUDIBERT,

Suffragants : { MM. P. F. GIRARD, *professeur*
ED. MEYNIAL, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

L'APPEL

DANS

LA PROCÉDURE DE L'ORDO JUDICIORUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 10 décembre 1907, à 2 heures 1/2

PAR

ERNEST PERROT

ÉLÈVE A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. Ad. AUDIBERT,

Suffragants : { MM. P. F. GIRARD, professeur
Ed. MEYNIAL, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

Un appel était-il admis à l'encontre des sentences des jurés de l'*ordo judiciorum* ? — Ce point de procédure romaine est d'une importance plus considérable qu'on ne pourrait supposer à voir la place très réduite qui lui revient, en toute justice d'ailleurs, dans les traités récents de droit romain. A y bien réfléchir, il y a quelque chose de dur à constater notre ignorance d'un point aussi capital de la procédure. Certains autres détails qui importent moins à la physionomie générale des institutions romaines peuvent rester dans l'ombre sans que ceux qui s'intéressent à celles-ci en ressentent trop de dépit ; mais qu'un moyen de procédure aussi fréquemment employé que l'appel, quand il existe, ait pu fonctionner pendant deux ou trois siècles sans laisser de traces décisives au premier examen ; ou à l'inverse qu'une telle institution ait pu ne pas exister dans la procédure ordinaire et exister dans la procédure extraordinaire sans qu'un seul texte juridique, littéraire ou épigraphique ait signalé clairement cette différence, c'est ce qui semble inconcevable. C'est cependant la réalité.

Il faut un examen minutieux de toutes les sources connues pour arriver à une conclusion ferme : posi-

tive, négative ou même simplement dubitative. Les affirmations gratuites et les études sans portée dont la question qui nous occupe a été fréquemment l'objet ont été précisément causées par le rabâchage indéfini de vieilles citations colportées pendant des siècles d'ouvrages en ouvrages, et à peine soumises à la critique historique. — J'ai pensé que l'unique moyen d'obtenir une solution était de réunir aussi complètement que possible toutes les sources capables de nous donner un renseignement sur l'appel, en utilisant les instruments de travail récents, principalement le *Vocabularium jurisprudentiae romanae* et le *Thesaurus Linguae latinae*, ainsi qu'en lisant ceux des ouvrages composés sous le Principat qui pouvaient contenir, à première vue, quelques détails. Malheureusement, si le dépouillement des textes a été aisé pour le mot *appellatio*, déjà publié dans les deux recueils cités, il n'en a pas été de même du mot *provocatio*. Pour ce dernier cependant j'ai pu relever toutes les sources classiques juridiques où il se trouve, grâce à l'obligeance de M. le Professeur Kübler, de Berlin, qui a consenti à m'envoyer en communication son manuscrit du mot *provocatio* avec les annotations de la main de Mommsen, tel qu'il doit paraître dans le *Vocabularium*. Je lui exprime ici toute ma reconnaissance d'avoir ainsi contribué grandement à rendre mon travail plus sérieux et plus approfondi. Je tiens également à remercier mon maître à l'Univer-

sité de Bonn, M. le professeur P. Krüger, pour les divers renseignements que je lui dois.

Certaines conclusions de ce travail ont fait l'objet de deux rapports au Séminaire de droit romain de la Faculté de droit de Paris, en 1905 et en 1907. Les objections qui m'y furent faites par son directeur, M. le professeur Audibert, ainsi que les encouragements et les conseils qu'il n'a cessé de me donner lorsqu'il eût ensuite accepté de diriger mes travaux, m'ont été d'un réel secours et je suis heureux de l'en remercier ici. Si ce travail pouvait avoir pour résultat de mûrir un peu la question — je n'ose espérer qu'il la résolve, — l'honneur en reviendrait à son inspirateur.

Auberive, Juin 1907.

SOMMAIRE

INTRODUCTION BIBLIOGRAPHIQUE

	Pages
I. <i>Les traités « De Appellationibus » des Jurisconsultes romains</i>	xvi
II. <i>Les anciens auteurs</i>	xvii
III. <i>Les auteurs récents</i>	xx

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRE DÉFINITIF DES SENTENCES DE JURÉS SOUS LA RÉPUBLIQUE

I. Caractère de la sentence rendue par un jury romain. — Inexistence de l'appel sous la République. — Preuves.	1
II. Raisons de cette souveraineté du jury romain. . . .	3
1° Est-ce la règle <i>Bis de eadem re ne sit actio</i> ?	4
2° Est-ce l'autorité de la chose jugée ?	4
3° Est-ce le caractère quasi-arbitral du jury romain ? . .	5
4° Ce sont des raisons politiques.	6
III. La situation des Justiciables romains sous la République.	8
1° <i>Judex addictus</i> . — Aptitude des citoyens inscrits sur les listes où sera choisi le <i>Judex datus</i>	8
2° Garanties contre la corruption des juges ; ... contre le simple mal-jugé volontaire ; ... contre la faute du juré. — L'action <i>Si judex litem suam fecerit</i> insuf- fisante au cas d'erreur de droit involontaire. . . .	10

IV. Voies de recours diverses, légales et arbitraires . .	12
1 ^o Légales. — Renouvellement possible de la <i>vindicatio in libertatem</i> . — Cas de <i>praevaricatio</i> . — Réplique à l'exception <i>rei judicatae</i> et <i>judicium judicatum sit nec ne</i>	13
2 ^o Arbitraires. — <i>Restitutio in integrum</i> au cas de pression sur les juges ou d'irrégularités dans la procédure. — Intercession tribunicienne contre un décret organisant le <i>judicium</i> ou contre l'exécution de la sentence. — <i>Denegatio actionis vel exceptionis</i> . . .	18
V. Premières atteintes au principe, à la fin de la République.	21
Changement d'idées politiques. — <i>Rogatio</i> de Tib. Gracchus sur la <i>provocatio</i> des <i>Quaestiones</i> . — Loi de 710 proposé par Antoine et votée. — Lois d'exception. — <i>Restitutio in integrum</i> politique. — Agissements de Verrès en Sicile... — du préteur M. Caelius Rufus à Rome. — Conduite de Brutus comme préteur aux ides de mars 710, dans un appel à César	22

DEUXIÈME PARTIE

LA QUESTION DE L'APPEL DANS LA PROCÉDURE ORDINAIRE SOUS LE PRINCIPAT

I

EXAMEN ET CRITIQUE DE LA THÉORIE NÉGATIVE.

A. Raisons d'ordre constitutionnel.	30
Inexistence de rapports hiérarchiques entre le Prince et le juré. — Critique	30
B. Raisons d'ordre procédural	34
Rédaction large de la <i>condemnatio</i> de la formule. — Critique...	34
C. Raisons d'ordre philologique	39

Le terme <i>Judex datus</i> désignerait toujours un juge-commissaire. — Critique	35
D. Raisons de textes	39
α) Paul. Dig. 50.16.244. — Critique : Différents sens des mots <i>pœna</i> et <i>multa</i> . Comment ils sont opposés par Paul. — Réfutation du système de Mommsen et de celui de Merkel. — Appel impossible de la quotité de la <i>pœna</i> , mais possible du jugement sur le fond même	39
β) Celsus. Dig. 42.1.14.	54

II

LES PREUVES DE L'EXISTENCE DE L'APPEL.

Répartition des textes entre les divers jurys. — Renvoi	55
A. Les « <i>Quaestiones perpetuae</i> »	56
Date d'introduction des <i>Quaestiones</i> . — Mode de formation d'un jury.	56
α) Ulpien. Dig. 48.5.18 (17). 6. — Allusion au tirage au sort	57
β) Marcien. Dig. 48.16.1.14. — Peines au cas de <i>Ter-giversatio</i>	59
γ) Dion Cassius, 52.21.	61
B. Le Tribunal des Centumvirs	62
Caractère de ce tribunal ; <i>judicium publicum</i> ou <i>judicium privatum</i> ? — Irresponsabilité dangereuse de ses membres	62
α) Textes relatifs à la <i>Querela inofficiosi testamenti</i> . . .	65
La collusion entre l' <i>heres scriptus</i> et le <i>Querelans</i> , Ulpien. Dig. 30...50.1.	65
Etat du droit aux temps de Sabinus et d'Ulpien. . . .	67
Réforme en trois temps sous les Antonins ; Ulpien. Dig. 49.1.14, 5.2.8.16 et 5.2.29. pr. — Marcien, Dig. 49.1.5.1 et 2. — Paul, Dig. 5.2.17.2 et 5.2.18. — Le rescrit d'Antonin le Pieux permettant l'appel et celui des <i>Divi Fratres</i> en dispensant visaient les Centumvirs	71
Ces rescrits n'ont pas introduit l'appel en général. — Merkel.	80

β) Suétone, <i>Vit. Domit.</i> 8, n'est pas une preuve d'appel régulier.	80
C. Les Collèges de Récupérateurs	84
Gaius, Dig. 2.8.9	85
Les « <i>judices</i> » sont des récupérateurs	87
D. Le « <i>Judex unus</i> »	88
Juge de droit commun.	88
α) Textes relatifs à l'appel de l' « <i>arbiter ad sponsores probandos</i> ».	90
Gaius, Dig. 2.8.9. — Paul, Dig. 49.2.2	91
β) Texte relatif à l'appel du <i>Judex unus</i> en matière de <i>Querela inofficiosi testamenti</i>	94
Ulpien, Dig. 5.2.8.16.	94
γ) Texte relatif à l'appel en cas de procédure par défaut « <i>in judicio</i> »	98
Papinien, Dig. 3.5.30 (31).2 et note d'Ulpien.	98

TROISIÈME PARTIE

ESSAI DE RECONSTITUTION DE LA THÉORIE DE L'APPEL EN PROCÉDURE ORDINAIRE

I

LES CAS D'APPEL.

A. Restriction de la faculté d'appel au cas de tirage au sort du juge	105
Langage restrictif d'Ulpien. — Recherche d'un critérium. — <i>Judicia legitima et judicia imperio continentia</i> ?	105
Responsabilité des parties qui ont choisi leur juge. — Ulpien, Dig. 4.8.27.2. — Lucien. — Plinie l'Ancien.	
Appel du juge tiré au sort. Lucien	106
B. Application de ce principe aux divers juges de l'Ordo.	112
<i>Quaestiones</i> . — Centumvirs. — Récupérateurs. — <i>Unus judex</i>	112

C. Extension possible de l'appel au juré choisi, sous les derniers Antonins	116
α) Au cas d' <i>arbitri ad sponsores probandos</i>	116
β) En général.	117
Papinien, Dig. 49.1.23 pr.	118
Caracalla (C. J.), 2, 55 1.	121

II

LA JURIDICTION D'APPEL.

A. Introduction de l'appel.	123
α) Nécessité d'une réforme introduisant l'appel.	123
β) Raisons en faveur de son ancienneté. — Dates extrêmes	126
Nature de l'acte qui accomplit la réforme.	127
Le plébiscite de l'an 724, comme base de l'appel au Prince	130
γ) Les noms de la nouvelle institution : <i>Appellatio</i> ; <i>Pro-vocatio</i>	134
δ) L'organisation de l'appel et les <i>Leges Juliae judicariae</i>	136
B. L'appel direct à l'Empereur	137
α) Délégation des appels par Auguste.	137
Suétone. <i>Vit. Aug.</i> , 33.	
β) Suspension de l'appel par Gaius Caligula.	141
γ) Délégation des appels au Sénat par Néron.	143
Tacite, <i>Ann.</i> , 14.28. — Suétone, <i>Vit. Ner.</i> , 17.	
C. L'appel hiérarchique	146
α) Inconvénients de l'appel direct au Prince, au I ^{er} siècle.	146
β) L'appel au gouverneur dans les provinces, depuis Marc-Aurèle.	148
Papirius Justus, Dig. 49.1.21. pr. et § 1.	149
γ) L'appel des <i>Quaestiones</i> au <i>Praefectus Urbi</i>	151

APPENDICES

I. <i>Relevé des textes du Digeste, contenant les racines Provoc..., et Appell... (en dehors des 13 premiers titres du livre 49, sedes materiae)</i>	153
II. <i>Emploi comparé de ces deux racines</i>	161

INTRODUCTION BIBLIOGRAPHIQUE

I. — LES TRAITÉS « DE APPELLATIONIBUS » DES JURISCONSULTES ROMAINS.

Il ne nous est parvenu que de rares traités des juriconsultes romains sur l'appel. Quatre seulement et fort incomplets. Cela s'explique par le grand nombre de constitutions impériales qui, postérieurement au III^e siècle, on réglé ou modifié l'appel, tel qu'il était dépeint dans les écrits datant des Sévères.— Ces constitutions recueillies dans les Codes officiels du V^e et du VI^e siècle, rendirent presque inutilisables les ouvrages antérieurs, quand il s'agit d'y découper les fragments dont on se proposait de former les treize premiers titres du livre 49 du Digeste, consacrés à l'appel.

Le *Liber singularis* et les *Libri IV de Appellationibus* de Paul et d'Ulpien sont contemporains l'un de l'autre. Peut-être y a-t-il seulement une légère antériorité de Paul sur Ulpien, car sa monographie, composée sans doute en manière d'appendice à son commentaire *ad Edictum* qui remonte à Commode ou Septime-Sévère (1), ne saurait lui être bien postérieure, tandis que les quatre volumes d'Ulpien ne datent que de Caracalla ou au plus tard d'Elagabal (2). A la même époque aussi, pendant le

(1) V. P. Krüger, *Hist. des sources du Dr. rom.*, p. 278 et 279 [Quellen. S. 209, 210].

(2) P. Krüger, *H. des sources*, p. 293, n. 2 [Quellen. S. 220] : Im-

règne de Caracalla sans doute, ont été composés les deux livres *de Appellationibus* de Marcien (1). — Au contraire, les deux livres de Macer sont un peu plus récents et ont été composés sous Alexandre Sévère (2).

Tous ces volumes faisait partie de la masse sabinienne, au moment de la composition du Digeste (3). Intérieurement, ils étaient divisés en rubriques, dont l'ordre a été reconstitué par Lenel (4), tant à l'aide de la division en 4 livres d'Ulpien, qu'à l'aide des rubriques des treize titres du Digeste lui-même. Selon cet ordre, immédiatement après les généralités du début, les juristes examinaient les autorités dont l'appel n'était pas permis sous la rubrique « *A quibus appellare non licet* ». Cette rubrique, dont le contenu serait de la première importance à connaître pour cette étude, est en général réduite à fort peu de chose. Peut-être parce qu'elle comportait des controverses épuisées et des distinctions sans aucun intérêt sous Justinien.

Le problème tel qu'il se pose est de savoir si les jurés romains, tant civils que criminels, étaient, sous le Principat, de ceux dont on ne pouvait faire appel ; c'est-à-dire, en termes plus restreints, si ce titre : « *A quibus appellare non licet* » mentionnait les jurés à côté du Prince, du Sénat, etc.

perator noster Antoninus, dans Dig. 49.5.5.3 (Lenel, *Paling.* Ulpien, n° 13).

(1) P. Krüger, *H. des sources*, p. 300, n. 3 [*Quellen.* S. 225].

(2) P. Krüger, *H. des sources*, p. 300, n. 5 [*Quellen.* S. 226] : *Imperator noster Alexander*, dans Dig. 49.13.1, pr.

(3) V. P. Krüger, dans l'édition du *Digeste* par Mommsen et Krüger, *Additamentum I, Pars Sabiniana*, nos 64, 65, 66, 67.

(4) *Palingénésie*, V° Paul, Ulpien, Marcien, Macer.

II. — LES ANCIENS AUTEURS.

Au Moyen-Age, la question de l'organisation de l'appel romain n'offrait guère d'intérêts pratiques. De nouvelles règles se formaient dans chacun des nouveaux Etats, en dehors de toute influence de droit public romain. — Les glossateurs italiens attachèrent donc peu d'importance à cette matière. La glose réunie par ACCURSE est peu riche et moins intéressante encore, sauf sur un point. — Au xvi^e siècle seulement, avec le goût nouveau pour tout ce qui était ancien, sans mélange de considérations d'utilité présente, on s'attacha à rebâtir pour elle-même la théorie de l'appel en droit romain. CUJAS fit beaucoup pour cela et il se pourrait qu'il se soit inspiré pour y parvenir de traditions d'origine romaine qui se perpétuaient encore de son temps dans le droit canonique (1). Cependant, il n'écrivit pas de monographies sur l'appel, si ce n'est un rapide résumé dans ses *Observationes* (2). Son résumé, simple mosaïque de textes de provenance littéraire, ne trahit aucun esprit critique. Quand, même, Cujas rencontre par ailleurs le texte de Paul sur Labéon (Dig. 50. 16. 244), texte qui servira de base à la théorie négative de Mommsen, il ne se doute pas de la difficulté qu'il renferme et l'explique de la façon la plus naturelle, comme avaient fait avant lui les glossateurs (3).

Depuis le xvi^e siècle jusqu'à la fin du xix^e, le problème de l'appel ne progressera pas. Tous les auteurs, grands et

(1) V. plus bas, p. 52, n. 1.

(2) Cujas, *Observationes*, XXI, ch. 33. — Je citerai Cujas d'après l'édition in-folio de Naples, 1722. Ce passage des *Observationes* s'y trouve au t. III, colonne 630.

(3) V. plus bas, p. 51 et 52.

petits, passeront à côté de la difficulté sans la soupçonner, avec cette « innocence intellectuelle qui provient de l'absence de contradiction », suivant l'heureuse expression d'A. Réville (1). La plupart des ouvrages de cette période offrent peu d'intérêt et beaucoup même témoignent de plus d'imagination que de critique.

Au ^{xvii}^e siècle, qu'il nous suffise de citer J.-C. RUGELINUS (2), dont Conradi prise peu l'ouvrage, où il relève beaucoup d'erreurs, et POLLETUS (3) qui est l'un des premiers à affirmer que l'appel des jurés ne date que du Principat et se faisait directement à l'Empereur.

Au ^{xviii}^e siècle, CONRADI tente le premier une monographie systématique (4). Mais il manque, et beaucoup de ses successeurs manqueront encore, d'esprit critique. Il n'oublie cependant pas de railler quelques auteurs antérieurs trop crédules à son gré. A cette même époque se rattache C. W. KUTZNER (5).

Dans les deux premiers tiers du ^{xix}^e siècle, la matière de l'appel, ou simplement la recherche de ses origines sous la République, fait l'objet de nombreuses monographies ou de travaux englobés dans des ouvrages de plus

(1) *Prolegomènes de l'Histoire des Religions*, p. 12.

(2) J.-C. Rugellinus, *Commentarii ad Caesareas Constitutiones, in titulo de appellationibus* (Cologne, 1653).

(3) Polletus, *Historia Fori Romani* (Francfort, chez Schiele, 1674). Livre V, ch. xvii.

(4) Conradi, *Jus Provocationum ex antiquitate romana erutum*, Leipzig, 1723. Réédité en 1823 à Halle, par L. Pernice, dans son recueil des *Scripta minora* de Conradi. — Cf. Merkel, *Gesch. der Klass. Appellation* (dans *Abhandlungen*), p. 1, n. 1, sur des manuscrits inédits de Conradi.

(5) C.-W. Kützner, *Historia provocationum et appellationum apud veteres romanos* (Leipzig, 1740).

longue haleine. RUBINO (1), WÖNIGER (2), NOODEN (3), EISENLOHR (4), s'occupent des origines de l'appel, en se répétant le plus souvent les uns les autres. C'est également ce que font les grands ouvrages généraux de SAVIGNY (5), où la théorie est bien exposée, de BETHMANN-HOLLWEG (6), qui est resté jusqu'à présent la source principale de renseignements sur la matière, et les ouvrages moins importants de KELLER (7), de PUCHTA (8), de LABOULAYE (9), de GEIB (10), de ZIMMERN (11), de WETZELL (12), de WALTER (13), de KUNTZE (14), de ZUMPT (15), d'ACCARIAS (16), de RUDORFF (17).

(1) Rubino, *Dissertatio de Tribunicia Potestate*, 1825, p. 25 et s.

(2) Wöniger, *Das Sacralsystem und das Provocationsverfahren der Römer* (Leipzig, 1843), p. 236 et s.

(3) Nooden, *De Appellationibus* (Amsterdam, 1838).

(4) Eisenlohr, *Provocatio* (Schwerin, 1858).

(5) Savigny, *System des heutigen röm. Rechtes*, trad. Guénoux, VI, 289 et s., p. 294, 485 et s.

(6) Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, II, § 116 à 188.

(7) Keller, *Röm. Civilprocess* (les cinq premières éditions), traduction française par Capmas (1870), § 82.

(8) Puchta, *Institutionen* (anciennes éditions), I, § 181 et s.

(9) Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains* (Paris, 1845), p. 428 et s.

(10) Geib, *Geschichte des römischen Criminalprocess* (Leipzig, 1842).

(11) Zimmern, *Römische Rechtsgeschichte* (Heidelberg, 1829), III, § 169 à 176.

(12) Wetzell, *Römische Civilprocess*, § 54 à 58.

(13) Walter, *Geschichte des römischen Rechts* (1861), II, § 759 à 763 et § 859 et s. — Traduction française par Laboulaye (Paris, 1844), p. 96.

(14) Kuntze, *Institutionen und Geschichte des römischen Rechts* (Leipzig, 1869), II, p. 400, § 353.

(15) Zumpt, *Criminalrecht der Römer*, I, 1, *passim*, et 1-2, p. 231 et s.

(16) Accarias, *Précis de droit romain* (4^e éd.) (Paris, II, p. 758).

(17) Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte* (1859), II, p. 281 et s.

Signalons enfin que HUSCHKE lui-même (1) ne se douta point que le problème de l'appel des jurés allait se poser. Seul, au commencement du XIX^e siècle, PLATNER (2) se sentit troublé dans sa croyance à l'appel des sentences prononcées par un jury criminel, et l'on peut dire que, dans cette mesure, il fut un précurseur de la théorie négative que Mommsen fera triompher, après avoir lui-même admis la théorie commune pendant longtemps (3).

III. — LES AUTEURS RÉCENTS.

La quiétude où l'on était, au sujet de l'appel des sentences rendues conformément aux formes de l'*ordo judiciorum* fut troublée en 1871, par la publication du *Römisches Staatsrecht*, de MOMMSEN (4). Celui-ci, revenant sur ses premières vues, proclamait que jamais, à aucune époque, ni sous la République, ni sous le Principat, les jurés romains n'avaient cessé d'être juges souverains et sans appel. Les raisons qu'il donnait étaient principalement d'ordre constitutionnel ; mais il avait le tort grave de négliger la réfutation des doctrines antérieures et les preuves qu'elles produisaient. La nouvelle affirmation ne s'imposa pas unanimement. Les anciens civilistes résistèrent, en général : BARON (5), SCHULIN (6) font à peine

(1) Huschke, *Analecta litteraria*, I, p. 155 et s. et *Die Multa und das Sacramentum*, p. 104, n. 268.

(2) Platner, *Quaestiones historicae de criminum jure antiquo romano* (1836), p. 64.

(3) Mommsen, *Histoire Romaine*, livre V, ch. XI (Trad. Alexandre, t. VIII, p. 89). — *Id.*, *Stadtrechte von Salpensa und Malaga*, *passim*.

(4) Mommsen, *Römisches Staatsrecht* (Berlin, 1871), II, p. 980 et 984, n. 1. — *Le Droit public romain* [Traduction P.-F. Girard], V, p. 271.

(5) Baron, *Geschichte des römischen Rechts* (1884), § 213, p. 431.

(6) Schulin, *Geschichte des römischen Rechts* (1889), p. 601 et n. 2.

allusion à la nouvelle théorie et la repoussent d'un mot. Les rééditions des ouvrages de KELLER par WACH (1) et de PUCHTA par P. KRÜGER (2) cèdent sur peu de points ou même pas du tout. En France, de même, la nouvelle théorie a peu de succès pendant vingt ans. Les dernières éditions du *Précis* d'ACCARIAS ne sont pas retouchées en ce qui concerne cette théorie des voies de recours et, ce qui est plus grave, l'article *Appellatio* publié en 1877 par G. HUMBERT (3) dans le *Dictionnaire des antiquités* continue d'ignorer la difficulté et les nouvelles théories allemandes, comme font d'ailleurs FUSTEL DE COULANGES (4) lui-même et M. FOURNIER (5).

Vers 1885, les vues de Mommsen sortent définitivement de l'obscurité. Le problème s'impose à l'examen des esprits attentifs et les auteurs se divisent en deux camps : ceux que séduit l'apparente rectitude constitutionnelle du système nouveau et ceux qui pensent, que, après tout, il faudrait des bases plus solides que celles de Mommsen pour rejeter l'ancienne opinion. En Allemagne et surtout en France où se développe à ce moment la jeune école historique du droit, quelques auteurs se rallient explicitement au système de Mommsen, sans compter

(1) Keller, *Römische Civilprocess* (6^e éd. par Wach, 1886), § 82.

(2) Puchta, *Institutionen* (11^e éd. par P. Krüger), § 181 et s.

(3) G. Humbert, V^o *Appellatio*, dans le *Dictionnaire des Antiquités* de Daremberg et Saglio.

(4) Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France* ; t. I, *La Gaule romaine* (éd. Jullian, 1891), p. 319 et s. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'en Allemagne même, en 1879, la théorie de Mommsen était encore ignorée dans la thèse cependant réputée de C. Weizsäcker, *Das römische Schiedsrichteramt* (Tübingen, 1879), p. 53.

(5) M. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel* (Paris, 1884), p. 52 à 81.

le grand nombre de ceux qui admettent la vraisemblance de son affirmation, sans avoir occasion d'affirmer dans une œuvre leur sentiment sur ce point. PERNICE (1) avec des réserves, EISELE (2) et WENGER (3), entièrement ; MM. GIRARD (4) et CUQ (5), avec à peine l'indication d'un doute, propagent cette nouvelle idée et la font accepter par leurs disciples, chez qui cette certitude se renforce peu à peu, jusqu'à servir de base pour de nouveaux raisonnements (6).

La théorie de Mommsen souleva cependant de nombreuses objections, de valeur très variable, et fut repoussée par MERKEL (7), dans sa monographie sur l'appel, du moins en ce qui concerne la période des Antonins et de leurs successeurs. En France, M. LÉCRIVAIN (8) tenta

(1) A. Pernice, dans la *Festgabe für Beseler* (Berlin, 1885), p. 76, et dans l'*Archivio Giuridico* de 1886. — Je citerai de préférence l'article de Pernice dans la traduction italienne retouchée et complétée de l'*Archivio*.

(2) Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess* (1889), p. 181. Les idées exposées dans cet ouvrage, à propos de l'*actio judicati* ont été reprises et développées par Eisele, cinq ans plus tard, dans son article connu : *Zur Querela inofficiosi testamenti*, dans la *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (= *Z. Sav. St.*), XV, 1894, p. 275.

(3) Wenger, *Zur Lehre von der Actio judicati* (1901), p. 72, n. 1.

(4) P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Paris, 1906 (= *Manuel*) (4), p. 1043.

(5) Ed. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, II (Paris, 1901), p. 764.

(6) Voir par exemple : O. Martin, *Le Tribunal des Centumvirs* (Thèse, Paris, 1904), p. 86, n. 1 et p. 122, n. 2 et C. Chabrun, *Essai sur la Querela inofficiosi testamenti* (Thèse, Paris, 1906), p. 123.

(7) J. Merkel, *Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts*, II, *Ueber die Geschichte der klassischen Appellation* (Halle, 1883). Cet ouvrage sera cité de ce simple mot : *Appellation*.

(8) Lécrivain, *L'appel des juges-jurés au Haut-Empire* dans les *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire de l'Ecole française de Rome*, t. VIII, 1888.

de la réfuter minutieusement, mais sans y parvenir de façon satisfaisante, faute de pouvoir distinguer suffisamment les deux procédures et les textes qui se rapportent à chacune d'elles. Au même moment, UBBELOHDE (1) reprenait la théorie classique, sans développements, et KIPP (2), après WLASSAK (3), trouvait insuffisantes les raisons données par Mommsen. En dépit des attaques, celui-ci maintenait sa doctrine : peu de temps avant sa mort et près de trente ans après qu'il avait soulevé la question, il continuait à affirmer que l'appel n'avait jamais existé à l'encontre des sentences de jurés (4).

Cependant, à l'heure présente, le doute semble encore le plus sûr à certains auteurs qui persistent à considérer la question comme non résolue (5).

(1) Ubbelohde, dans Hartmann-Ubbelohde, *Der Ordo Judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer*, I^{re} partie (seule parue), *Über die römische Gerichtsverfassung* (Göttingen, 1886), p. 525 et s.

(2) Kipp, V^o *Appellatio*, dans la *Realencyclopädie der Klassischen Alterthumswissenschaft* de Pauly-Wissowa, t. II, p. 198 (Stuttgart, 1895).

(3) Wlassak, *Römische Processgesetze*, I, p. 218 et s. (Leipzig, 1888).

(4) Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlin, 1899, p. 470 [*Droit pénal romain* (traduction Duquesne, Paris, 1907), II, p. 156.]

(5) Par exemple : J. Partsch, *die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, p. 64 (Thèse, Breslau, 1905)

L' A P P E L

DANS

LA PROCÉDURE DE L'ORDO JUDICIORUM

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRE DÉFINITIF DES SENTENCES DE JURÉS SOUS LA RÉPUBLIQUE

I. — La procédure romaine de l'*Ordo judiciorum privatorum et publicorum* présente des caractères qui la placent entre les procédures autoritaires modernes, dérivées de la procédure administrative *extra ordinem* du Bas-Empire, et la procédure d'arbitrage volontaire, générale aux temps primitifs. Elle est cependant plus proche parente de cette dernière : d'abord à raison de l'importance du rôle des parties qui mènent la procédure, choisissent le juge et exécutent elles-mêmes sa sentence (1) ; ensuite, parce que l'autorité judiciaire n'intervient que pour authentifier les actes accomplis (2),

(1) V. P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 71 et ss.

(2) V. P.-F. Girard, *op. cit.*, I, p. 69, et *Manuel* (4), p. 974, sur la foi de Cicéron, *Pro Murena*, 12, 26. Cette idée de passivité du magistrat a été en dernier lieu combattue par Wlassak dans la *Zeitsch. d. Sav. St.*, 1904, p. 81-188.

les estampiller en quelque sorte au nom de la cité qui a interdit presque absolument la justice privée (1).

Dans cette procédure dite « ordinaire » le magistrat n'assiste qu'à la liaison de l'instance, qu'elle se fasse par l'accomplissement des rites mi-religieux mi-judiciaires de la *Legis actio*, ou qu'elle soit le résultat de l'accord des deux parties sur une *formula*, instruction qui indiquera au particulier pris comme juge le point de droit ou de fait à vérifier. Cette phase *in jure* une fois terminée, commence la phase *in judicio* où le juge entend les parties, se forme une opinion et fait connaître son sentiment (*sententia*). Après quoi, il se trouve dépouillé de sa fonction provisoire (2).

Les parties sont liées par la sentence ainsi rendue et l'exécution en sera poursuivie par celle qui y a intérêt. Si l'une d'elles estime la sentence injuste, elle n'aura aucun moyen de la faire réformer ; tout au plus pourra-t-elle dans certaines hypothèses obtenir sa cassation et son remplacement par une nouvelle sentence (3). L'appel réformatoire, au sens technique du mot, est absolument inconnu au temps de la République (4). Aucun document

(1) V. B. Matthiass, *die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, p. 15 et s.

(2) V. P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 82 à 93.

(3) V. plus bas.

(4) V. Bethmann-Hollweg, *Römische Civilprocess*, II, § 61 et § 62. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 17-18 ; Mommsen, *Dr. Public rom.*, I, p. 310, et p. 314. — L'opinion contraire a été soutenue par de très anciens auteurs plus imaginatifs que soucieux de la vérité. Voir en particulier une narration merveilleusement détaillée de ce qui se passait lors d'un appel *in judicio* sous la République, dans Conradi, *Jus provocationum ex antiquitate romana erutum*, § 49, rapportant G. Obrecht, *Exercitio juris antiqui*. Réfutation par Zimmern, *Gesch. des röm. Privatrechts*, III, § 170, p. 508. — Cependant, au xvii^e siè-

ne pose de façon formelle le principe de la souveraineté des jurys civils ou criminels à Rome, ni celui de la valeur définitive des sentences qu'ils émettent ; cependant l'opinion générale, que nous croyons fondée, s'appuie sur l'absence complète de toute allusion à l'appel des jurés dans les sources se rapportant à la période républicaine, alors surtout que les exemples ne manquent pas d'intercessions tribunicienes contre les actes d'autorité accomplis par le préteur *in jure* (1). Elle pourrait également s'appuyer sur tout ce que supposent de sous-entendu et d'incontesté certains raisonnements de Cicéron. C'est ainsi, par exemple, qu'il ne considère pas comme dignes du nom de « *judicia* » les décisions des censeurs à raison de leur fragilité (2) ; c'est ainsi encore qu'il qualifie d'inouïe l'intercession faite par un tribun de la plèbe dans une procédure *in judicio* se déroulant devant une *Quaestio* criminelle (3).

II.— Il est plus difficile de discerner pourquoi la sentence des jurés était ainsi immuable, aux yeux des Romains de la République. C'est aussi une question à laquelle on s'est peu arrêté, malgré que les diverses solutions qu'elle peut recevoir soient de nature à diminuer ou à

cle même, Pollet, dans son *Historia Fori Romani*, V, 47, ne fait dater l'appel que du Principat.

(1) V. Mommsen, *Dr. Public rom.*, I, p. 310, n. 3 et Kipp, *vo Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, 195).

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 43.122 : *Quare qui vobis in mentem venit haec (censurum judicia) appellare judicia, quae a populo rescindi, ab juratis iudiciis repudiari, a magistratibus neglegi, ab iis qui eandem potestatem adepti sunt commutari, inter collegas discrepare videatis ?*

(3) Cicéron, *in Vatin.*, 14.34. — Cf. Mommsen, *Dr. Public rom.*, I, p. 314, n. 3.

grandir la vraisemblance d'une réforme judiciaire postérieure.

Tout d'abord, la vieille règle *Bis de eadem re ne sit actio* doit être mise hors de cause. Elle signifie que la même personne ne peut pas rééditer pour la même affaire les cérémonies de la *legis actio* devant le magistrat (1), mais non pas que la sentence du juge est définitive, car pour saisir du premier jugement une juridiction supérieure, il pourrait n'être pas besoin, en pure logique, de recommencer les rites sacramentels, l'*actio*, dont la répétition est prohibée.

En second lieu, on pourrait penser rattacher cette souveraineté absolue des jurés romains à une interprétation étroite et simpliste du principe d'autorité de la chose jugée. Rien ne s'y opposerait *à priori*, si le principe était aussi ancien que les jurés de l'*ordo* eux-mêmes. Mais cette notion assez raffinée n'est apparue qu'à la fin de la République, postérieurement à la loi Aebutia, selon toute vraisemblance, et n'a été développée et érigée en théorie juridique que par les jurisconsultes des premiers temps du Principat (2).

(1) V. Cuq, *Instit. jurid.*, I (1), p. 443 ; P. Thomas, *Autorité de la chose jugée* (Thèse, Toulouse, 1898), p. 25 et s.

(2) V. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1035. — Cuq, *Instit. jurid.*, II, p. 761. — Les plus anciennes allusions à l'idée de l'immutabilité de la chose une fois jugée se trouvent dans Cicéron. — Le texte du *Pro Sulla*, 22, 63, est particulièrement net : *Res judicatae videatur voluisse rescindere, ut restitueretur Sulla ; status enim rei publicae maxime judicatis rebus continetur...* Cf. *Pro Cluentio*, 41.116 ; 42.117. — Il serait par contre trop hardi de reconnaître l'existence du principe d'autorité de la chose jugée au VI^e siècle de Rome sur la foi de Plaute : *Rudens*, prologue, vers 19 : *Iterum ille (Jupiter) rem judicatam judicat*. Les prologues de Plaute sont souvent d'auteurs très postérieurs ou au moins fortement interpolés (V. Schanz, *Gesch. d. röm.*

Le caractère quasi arbitral de l'instance *in judicio* pourrait aussi être considéré comme la source de la souveraineté absolue des jurés romains. La confiance que témoignent les deux adversaires à l'homme de bien qu'ils choisissent pour les départager serait exclusive de la défiance qu'implique toute réserve d'appel à une autre juridiction. C'est le principe qui régit les rapports de l'*arbiter ex compromisso* et des parties, et qui est fréquemment exprimé par les jurisconsultes classiques (1). Or la raison est la même : les parties sont responsables de leur choix, comme remarquera plus tard Pline l'Ancien (2). Cette idée a pu être pour quelque chose dans le

Litteratur, I, p. 58-59). Celui du *Rudens* en particulier, plein de tendances morales et d'allusions au rôle providentiel de la Divinité comme le comprenaient les néo-platoniciens du 11^e siècle de l'ère chrétienne, pourrait bien être fort postérieur au *Rudens* lui-même ; Dziatzko, *Ueber den Rudens prolog* (*Rheinisches Museum*, XXIV, 1869, p. 581) considère les vers 9 à 30 comme une adjonction postérieure. — L'autorité de la chose jugée, basée sur le caractère religieux et inspiré du juge, est reconnue, il est vrai, par le droit babylonien. Mais c'est un droit développé qui est fixé par le Code de Hammourabi, art. 5. Voir Scheil, *Code des lois de Hammourabi*, p. 2.

(1) Ulpien (XIII *ad Edict.*). Dig. 4.8.27.2. *Stari autem debet sententiae arbitri.... et sibi imputet qui compromisit.*

(2) Pline, *Hist. Nat.* Préface : *Summum quisque causae suae iudicem facit quemcumque eligit* (Edit. Detlefsen, I, p. 16). On peut tirer un argument assez fort en ce sens de ce qui se passait en procédure attique. Lorsque, au lieu de tirer leur juge au sort sur la liste annuelle des *Διαιτῆται*, les parties s'accordaient sur le nom de l'un d'eux, la sentence de celui-ci était absolument définitive, contrairement à ce qui se passait en cas de tirage au sort. V. Meier, *Die Privatschiedsrichter und die öffentlichen Diäteten Athen's*, p. 24. — Cf. Hudtwalcker, *Privat und Schiedsrichter (Diäteten) in Athen.*, p. 60-61. — Meier-Schömann, *Der attische Process* (ed. Lipsius), p. 48. — Selon B. Matthiass, *das Griechische Schiedsgericht* (dans *Juristische Festgaben für Jhering*, de Rostock, 1892, p. 55), Lucien donne

respect dont on entourait la sentence des jurés, mais en tous cas elle a dû s'affaiblir assez vite, particulièrement à l'époque où se multiplièrent les tribunaux d'exception, collèges de juges permanents, *Decemviris stlitibus judicandis* ou Centumvirs, dont la composition était tout à fait indépendante du choix des parties et qui cependant étaient souverains (1). Malgré tout, il est plus probable, d'après l'âge des textes qui nous la révèlent, que cette idée fut assez tardive à Rome, sans doute contemporaine des réformes impériales en matière d'organisation judiciaire (2).

Il est préférable de voir dans la souveraineté du juré un effet de la séparation des pouvoirs établie par les fondateurs de la constitution républicaine. Les pouvoirs concentrés dans les mains du *rex* furent répartis entre un grand nombre de magistratures spécialisées. En particulier son rôle d'arbitre unique et forcé, saisi du procès par l'accomplissement des rites de la *legis actio per sacramentum* et dessaisi par la sentence qu'il rendait lui-même (3), a été scindé pour donner aux parties plus de garanties d'impartialité. L'organisation de l'instance est laissée aux pouvoirs publics, aux magistrats qui rempla-

à propos de ces *Διαιτῆται* attiques, une raison identique à celle de Pline : V. *Ἀποκηρυττόμενος*, 11. Mais, V. *contra*, plus bas, p. 122, n. 1.

(1) Les *Decemviri stlitibus judicandis* apparaissent au VII^e siècle, V. P.-F. Girard, *Org. judic.*, I, p. 23, n. 2 ; p. 83, n. 3 ; p. 159, n. 3. — Ce sont des magistrats annuels, élus dans les comices par tribus, statuant *in judicio* sur les procès de liberté. V. Mommsen, *Dr. Public rom.*, IV, p. 316. — Cf. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 291 ; Kübler, v^o *Decemviri* (Pauly-Wissowa, IV, 2262). — Pour ce qui est des Centumvirs, voir plus bas, p. 113, n. 1.

(2) Voir plus bas, p. 130.

(3) V. P.-F. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 42. — Le texte fondamental est : Cicéron, *de Re Publica*, 5. 2-3.

cent le *rex* en matière administrative, les consuls d'abord, les préteurs ensuite, tandis que la décision est obligatoirement confiée par ces magistrats à un simple citoyen choisi par les plaideurs (1). Cette réforme est attribuée par les légendes romaines aux créateurs de la liberté républicaine (2), ce qui lui imprime un caractère très net de limitation légale imposée à l'autorité des magistrats, en méfiance des actes de tyrannie qu'ils pourraient avoir la tentation de commettre, à raison de leur rôle dans les affaires privées (3). Cicéron l'exprime très nettement, en disant que les anciens ont voulu que tout juge, si minime soit la question, fût choisi par les parties (4). Or, avec ces règles constitutionnelles d'organisation judiciaire, on ne pouvait concevoir un appel qui eût saisi les mêmes magistrats dont on s'ingéniait à restreindre la puissance

(1) V. P.-F. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 79, et n. 2. — Toutes les lois de la fin de la République ordonnent au magistrat d'instituer des jurés dans les procès civils. On peut en conclure avec sûreté que c'était là une règle constitutionnelle et que les lois positives des premiers siècles de la République devaient être sur ce point au moins aussi impératives que celles rendues à une époque où le jury était devenu une tradition de procédure sans raison d'être politique aussi marquée.

(2) Le jury civil, selon la doctrine la meilleure, date de l'établissement de la République (Cic., *de Rep.*, 5.2.3). Une légende en apparence discordante rapportée par Denys d'Halicarnasse (4,25 et 36 ; 10 1.) l'attribue à Servius Tullius, comme beaucoup d'institutions républicaines que l'on rendait plus saintes en les faisant remonter aux rois. V. P.-F. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 4, note 1 ; Cf. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, I, 137, n. 11.

(3) En ce sens : P.-F. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 79 et 81 ; Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 333 et renvois ; Mommsen, *Hist. rom.* (Trad. Alexandre), II, p. 12.

(4) Cicer., *Pro Cluentio*, 43.120. *Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

politique (1). Telle est, croyons-nous, la véritable cause pourquoi les Romains de la République ont ignoré l'idée d'appel (2). Elle ne pouvait pas germer dans un milieu aussi défavorable.

III. — Malgré l'absence de ce rouage, la situation des justiciables n'était cependant pas mauvaise : le recrutement des jurés était bon ; le système prévu par la loi des XII Tables et élargi par le préteur au VII^e siècle suffisait à faire sentir au juré le poids de sa responsabilité ; des moyens enfin se présentaient à la pratique pour remédier au manque d'appel, dans quelques circonstances spéciales.

Si les parties étaient d'accord sur le choix d'une personne déterminée et capable pour lui confier leur différend, la solution était simple : le préteur donnait l'investiture à leur candidat (*addicebat judicem*), et les parties ne devaient s'en prendre qu'à leur imprévoyance du peu

(1) On ne pouvait pas non plus saisir le peuple assemblé par voie de *Provocatio ad populum*. Celle-ci, en effet, en matière criminelle, aboutit à une véritable loi spéciale destinée à annihiler une décision pénale prise par un magistrat.

(2) C'est beaucoup plus à cette idée qu'il faut rapporter la souveraineté des jurés qu'à l'idée que l'intercession des magistrats en général ou des tribuns était impossible à l'encontre des jurés non-magistrats, malgré Mommsen, *Dr. Public rom.*, I, p. 310, n. 3, et Ihering, *Esprit du Dr. rom.*, II, p. 80. En effet, en stricte raison, le fait que le juré était investi par le magistrat et que sa fonction était un *munus publicum*, aurait pu suffire à l'exposer aux intercessions. La raison antique répugnait si peu à cette idée de soumettre les jurés officiels à un contrôle supérieur, que les *Διαιτῆται* de la procédure attique, très ressemblants aux jurés romains, étaient susceptibles d'appel (Voir plus haut, p. 5, note 2). L'idée séduisante de Mommsen est donc surtout une idée préconçue, à l'analyse.

d'aptitudes de ce *judex addictus* (1). Au contraire, si les parties ne pouvaient s'entendre sur le choix d'un juge, le magistrat leur en donnait un, extrait par un mode régulier de la liste générale. Ce *judex datus* leur était, en fait, imposé, malgré la règle ancienne rapportée par Cicéron, règle qui peut-être ne se rapporta jamais qu'à l'apparent consentement résultant de la liaison *in jure* de l'instance, ou qui, bien plutôt, n'était plus à la fin de la République qu'une règle constitutionnelle usée, vidée de son sens primitif, et en contradiction presque complète avec la réalité des choses (2). On ne pouvait

(1) Pour des différences à remarquer entre ces expressions : *judicis datio* et *addictio*, voir plus bas.

(2) La règle du *Pro Cluentio*, 43.420, a un caractère constitutionnel trop marqué pour qu'elle n'ait pas été tout d'abord appliquée sans restrictions. Ou elle veut dire que le citoyen romain ne peut être forcé de soumettre ses différends à un juge qu'il n'a pas effectivement choisi, quelles que soient ses raisons d'agir ainsi, ou elle ne veut rien dire. C'est ce qu'a bien senti M. P.-F. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 84, n. 3, quand il dit que le traitement d'*indefensus*, plus tard appliqué certainement à cet individu, ne peut être rapporté à la période ancienne qu'à une condition, celle de ne considérer comme *indefensus* un individu qu'en vertu seulement de faits précis, probablement prévus par la loi, et non à la suite d'une appréciation arbitraire du magistrat. Pour notre part, nous croyons d'une logique historique plus rigoureuse que le principe ait été absolu primitivement ; que les rares abus aient été d'abord réprimés arbitrairement par la *nota censoria*, par exemple, à raison de la mauvaise foi de celui qui récusait systématiquement tous les juges de l'*Album* et qu'ensuite le principe perdant sa force en même temps que son utilité, ait été restreint légalement par la création de règles sur l'*indefensio*. Le principe perdit encore plus de sa signification profonde par la création des grands jurys civils permanents, Décemvirs et Centumvirs, dont la composition était invariable toute l'année, et que les parties devaient accepter en bloc, sans récusation possible, croyons-nous, au temps de la République. Sur ce dernier

donc plus, dans ce cas, imputer aux parties leur choix malencontreux, et l'Etat devait astreindre le magistrat à n'imposer aux justiciables que des juges d'autant plus capables qu'ils étaient souverains. En conséquence, les *judices dali* durent être extraits par le magistrat organisateur de l'instance, d'abord de la liste générale des sénateurs, puis à partir de la loi *Sempronia* de 632, de la liste des chevaliers *equo publico*, enfin, après un retour temporaire entre 673 et 684 aux listes exclusivement sénatoriales, de la liste formée par les trois décuries des sénateurs, des chevaliers *equo publico* et de *tribuni aerarii*, sauf la suppression de ces derniers par César (1). Ces conditions de rang et de cens écartaient des fonctions de juré la plupart des gens sans instruction générale ou technique. Les justiciables pouvaient donc être assurés d'une bonne justice, si le *judex datus* était de bonne foi. S'il ne l'était pas, les moyens ne manquaient pas de lui faire porter le poids de son injustice.

Le système des garanties accordées aux justiciables remonte aux XII Tables. Il se réduit, à l'époque primitive, à une poursuite criminelle capitale contre le *judex arbiterve datus* qui a été corrompu à prix d'argent en vue d'une sentence à rendre (2). Dans tous les cas où le *judex*

point, *contra* : O. Martin, *Tribunal des Centumvirs* (Thèse, Paris, 1904), p. 34, n. 2.

(1) V. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1003, n. 5 (et renvois). — Cf. P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*. Paris, 13 février à 2 mars 1903.

(2) XII Tab. (VIII, 3), rapporté par Aulu-Gelle, 20.1.7 : *Duram esse legem putas quae judicem arbitrumve datum qui ob rem judicandam pecuniam accepisse convictus est capite poenitur*. Le terme *datus* a certainement ici le sens large de « institué » et non le sens technique Par où il s'oppose à *addictus*. La règle des XII Tables s'applique

a mal jugé, volontairement ou non, mais sans corruption, il semble bien qu'il n'y ait eu aucun recours contre lui, avant l'introduction de la procédure formulaire (1). Sans doute, ici aussi, l'intervention moralisante du censeur suffisait à retenir les juges dans le devoir. Postérieurement à la loi Aebutia, le préteur donna dans son Edit une action *in bonum et aequum concepta*, contre le juge qui a fait le procès sien (*qui litem suam fecit*), suivant l'expression consacrée, tant en jugeant mal qu'en omettant de siéger (2). C'était, a-t-on remarqué, le seul moyen, dans une procédure sans appel, de remédier à l'immuabilité de sentences parfois déraisonnables (3). Cependant, le juge n'était responsable et exposé à l'action *si judex litem suam fecerit*, qu'autant qu'il y avait eu dol ou faute de sa part. Le dol consistait à juger sciemment contre la

donc à tout juge juré et non pas seulement à celui qui est imposé d'une façon ou d'une autre par le magistrat aux parties en désaccord.

(1) La loi des XII Tables (II.2) ne vise que la responsabilité du juge qui omet de siéger sans excuse valable, et contre qui, suivant l'opinion la meilleure, le demandeur lésé avait la *manus injectio judicati* qu'il aurait eue contre le défendeur condamné (V. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 635, n. 4 et renvoi à Karlowa). En outre, le seul texte qui se rapporte à la procédure par voie de *Legis actio*, le discours du tribun Titius (Macrobe, *Saturn.*, 3.16.4), vise également le défaut de siéger. — Enfin, si l'on admet avec les meilleurs auteurs que le demandeur puisse agir par la *manus injectio judicati* qu'il aurait obtenue si le juge avait siégé, on ne peut étendre ce système au cas de mal jugé. Le demandeur, il est vrai, aurait bien pu agir de même, mais le défendeur injustement condamné ne pouvait, lui, se servir de cette *manus injectio judicati* (En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus judex*, 22 mai 1903).

(2) V. P. Thomas, *N. Rev. Hist.*, 1901, p. 504. — Cf. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 635 ; Lenel, *Edit perpétuel*, I, p. 186-189.

(3) A. Pernice, *Labeo*, II², p. 170.

loi ou contre la formule qui l'investissait (1). La faute, *imprudentia*, consistait sans doute dans l'omission de quelque une des formalités obligatoires (2), mais laissait complètement en dehors de sa sphère d'application, les simples erreurs involontaires de droit (3). Ceci n'avait d'ailleurs aucun inconvénient sous la République, vu le niveau relevé des jurés d'alors : les justiciables n'avaient pas encore besoin de protection de ce côté-là.

IV. — Enfin, il y avait divers moyens d'échapper à une sentence considérée comme inique, dans des cas particuliers. Ces moyens résultaient du libre jeu des lois, ou

(1) *In fraudem legis sententiam dicere*, dit Ulpien (XXI *ad Edict.*). Dig. 5, 1.15.1.

(2) Cela résulte visiblement du célèbre passage d'Aulu-Gelle, *N. A.*, 14.2, où celui-ci nous cite les ouvrages qu'il a lus, ayant été inscrit sur les listes de jurés, pour s'initier *diffissionibus, comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus*.

(3) En ce sens : Lenel, *Edit perpétuel*, I, p. 189. Sans avoir à entrer dans la controverse à propos du montant de la condamnation (*vera litis aestimatio* ou *quantum aequum videbitur* ?), j'accepte entièrement cette idée de Lenel qu'un *judex* n'était pas tenu de ses erreurs de droit involontaires. Celles-ci ne lui seraient imputables que dans le cas où il aurait commis l'*imprudentia* de ne pas s'entourer d'un *consilium* de gens compétents avant de rendre sa sentence, à supposer que la réunion de ce *consilium* fût obligatoire. Or, ce n'est nullement certain : parmi les textes indiqués par Mommsen, *Dr. Public rom.*, I, p. 359, n. 4, comme se rapportant au *consilium* du *judex unus*, les deux plus significatifs : Aulu-Gelle, *N. Att.*, 12.13.2 et 14.2.9, ne prouvent rien de plus qu'un usage. Au surplus, si l'on considère comme obligatoire la réunion d'un *consilium*, sous peine d'*imprudentia*, on doit décider logiquement que le juge commettrait une autre *imprudentia* plus grave, peut-être un dol, à juger contrairement à l'avis du *consilium*. Or, je ne crois pas qu'aucun romaniste consente à réduire ainsi l'*unus judex* au simple rôle de président de son *consilium*. En sens contraire, mais sans preuves, Accarias, *Précis* (4), II, p. 516. — Cf. Pernice, *Labco*, II², p. 170.

d'interventions extraordinaires des magistrats, répondant à des situations exceptionnelles. Ils formaient à la fin de la République un ensemble juridique inaperçu des contemporains, sans théorie construite ni même tentée, l'une des sources, peut-être, des institutions qui se développeront sous le Principat. Aucun de ces moyens d'échapper à une sentence inique n'est un appel proprement dit, au sens technique que ce mot prendra dans la terminologie juridique postérieure du III^e siècle. Nous devons cependant les examiner rapidement parce qu'ils préciseront le tableau que nous avons tenté de la situation des justiciables romains sous la République et parce que certains de ces moyens de procédure continueront à être employés sous le Principat concurremment avec les nouvelles voies de recours, dont il est quelquefois très délicat de les distinguer.

En premier lieu, eu égard à la gravité exceptionnelle des procès de liberté, l'*adsertor* vaincu pouvait recommencer un nombre indéfini de fois la *vindicatio in libertatem*, si son *sacramentum* avait une première fois déclaré *injustum* (1). C'était une très ancienne règle légale, établie

(1) Cicéron, *de Domo sua*, 29.78 : ... *Si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent, tamen, quotiens cumque vellet quis, hoc in genere solo, rem judicatam referri posse voluerunt (maiores)*. — Cf. Quintilien, *Instit. Orat.*, 5.2.1, et 11.1.78. — On n'a peut-être pas assez remarqué la singularité des derniers mots de cette phrase. Cicéron semble attribuer la possibilité de recommencer indéfiniment la *vindicatio in libertatem* à une suspension exceptionnelle par les *maiores* de l'effet ordinaire de la chose jugée. Or on sait qu'à l'époque des *legis actiones* ce n'était pas la *res judicata* qui éteignait le droit, mais sa déduction en justice par accomplissement des rites solennels prescrits par la loi (voir plus haut, p. 4). On doit donc admettre que Cicéron a commis ici une inexactitude de langage. — D'autre part, si l'on admet la théorie répandue et vraisemblable,

favore libertatis comme plusieurs autres (1). Elle subsistera, même à côté de l'appel dans le droit classique, et l'*adsertor* pourra toujours recommencer le procès déjà tranché par un jury ou par un magistrat statuant administrativement, indépendamment de sa faculté de faire appel (2). Les vraisemblances générales tirées des sour-

que la déduction en justice d'un droit réel par l'accomplissement des rites de la *legis actio sacramenti* n'éteignait pas ce droit, comme le prouve ce fait que sous la procédure formulaire il fallut imaginer, à défaut d'extinction *ipso jure*, l'*exceptio rei in iudicium deductae* (V. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1006 et n. 5 ; *id.*, p. 1034), on se demande en quoi pouvaient anciennement différer les procès de liberté des autres actions réelles (En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur la *Procéd. extraordinaire*, Paris, 8 avril 1907), et quelle était cette *favor libertatis* spéciale ? — N'aurait-on pas d'abord admis, *favore libertatis*, non pas le recommencement possible de la *vindicatio in libertatem*, ce qui lui était déjà commun avec toutes les autres *vindicationes*, mais l'impossibilité spéciale pour le prétendu maître de recommencer un procès déjà tranché contre lui ? Puis, dans la procédure formulaire, cette impossibilité spéciale de recommencer notre action *in rem* devenant la règle générale grâce à l'introduction de l'*exceptio rei in iudicium deductae*, la *favor libertatis* aurait consisté à laisser l'*adsertor*, à titre de situation privilégiée, dans la situation où il se trouvait auparavant selon le droit commun. Cette hypothèse permet d'expliquer le langage de Cicéron qui parle à la fois de *maiores*, ce qui recule le principe au temps des actions de la loi, et de *res iudicata*, ce qui nous ramène au temps de la procédure formulaire développée ; elle donne également un sens tout nouveau et bien plus significatif aux mots : *hoc in genere solo*, indices de la survivance exceptionnelle, *favore libertatis*, de l'ancien état de choses commun à toutes les *vindicationes*. Cf. la récente interprétation proposée en ces matières par M. Esmein, *L'Effet relatif de la chose jugée* (dans les *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 249).

(1) Le caractère légal de cette règle paraît bien avoir échappé à Merkel, *Appellation*, p. 21, comme a remarqué Pernice, *Archivio Giuridico*, 1886, p. 144, n. 6. Il résulte cependant nettement des textes cités en tête de la note précédente ainsi que de *Cod. Just.*, 7.17.1. pr.

(2) Cela résulte de l'alternative sous-entendue dans un texte de

ces nous portent d'ailleurs à admettre que cette particularité de procédure de la *causa liberalis* est une répétition de l'action repoussée devant le même tribunal, que les juges aient déjà été atteints par l'expiration de leur mandat annuel, ou que ce soient encore les mêmes, et non pas un recours à une autre juridiction sur la même question (1).

Les lois prévoyaient aussi, à côté de la vénalité des juges, les faits de prévarication venant des magistrats qui les instituaient. C'est ainsi que la loi *Acilia repetundarum* faisait exception à la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, au cas où la *prævaricatio* avait vicié la sentence de la *Quaestio repetundarum* qu'elle instituait (2).

Enfin, sans sortir, même en apparence, de l'ordre de choses régulier, la partie mécontente d'une sentence pouvait, à cette époque où il restait peu de traces d'une procédure terminée, se conduire comme si cette sentence n'existait pas ou faire déclarer qu'elle n'existait pas. Le

Paul : *Sent. 5.33.7 : Adsertor si provocet, in ejus modi tertiam cavere debet, quanti causa aestimata est* : Si l'adsertor fait appel, il s'exposera à une amende de fol appel égale au tiers de la valeur arbitrée du litige ; si au contraire il se borne à recommencer le procès, suivant le vieux droit qu'il en a, il ne risquera rien, depuis la disparition de la procédure *per sacramentum*. — Cela résulte également de la constitution de Justinien, en 528 (*Cod. Just. 7.17.1. pr. et § 3*). Cf. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 102.

(1) Le mot *referri*, dans le texte du *de Domo*, bien que visant d'ordinaire un renvoi à une autorité supérieure (V. p. ex. : *Lex Malacit*, ch. 66), ne serait pas un argument suffisant en sens contraire, surtout en face du témoignage de Cicéron, *Pro Caecina*, 38.97. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 22-23.

(2) *Lex Acilia*, c. 56 : *Qui ex hac lege condemnatus aut apsolutus erit... nisei quod praevaricationis causa factum erit..., actio ne iesto*.

demandeur débouté pouvait intenter à nouveau la même action et combattre l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae* opposée par le défendeur victorieux, soit en niant qu'il y ait eu une première déduction en justice ou un premier jugement et en laissant au défendeur le fardeau de prouver qu'il y avait *res deducta vel judicata*, soit en répondant à l'exception que la première instance était nulle et en le prouvant (1). De son côté le défendeur vaincu pouvait, sur l'*actio judicati* de son adversaire, nier l'existence ou la validité du jugement dont l'exécution était poursuivie contre lui, en s'exposant à une condamnation au double ; il pouvait même prendre les devants et provoquer l'organisation par le magistrat d'une instance où serait éclaircie la question de savoir s'il y avait eu un jugement et s'il était valable (2), ce que les interprètes appellent le *Judicium judicatum sit nec ne*, certainement assimilable à la *Revocatio in duplum* de l'époque classique (3). Ce pourvoi en cassation offensif, fait devant le magistrat dans des formes difficiles à dé-

(1) Cette construction résulte du mécanisme même des règles romaines sur l'exécution des jugements de l'*Ordo* ; elle n'a besoin d'aucun appui dans les textes. Nous ne croyons pas, en tous cas, que l'on puisse s'appuyer sur le texte de Paul, *Sent.* 5, 5^a, 8 — comme fait Lenel, *Edit perpét.*, II, p. 187 et note 3. — Il importe en outre de distinguer la nullité du jugement, résultant de l'omission d'une prescription matérielle, dont nous parlons, de l'accusation de « *per injuriam pronuntiatum* » visant son manque de conformité à la loi ou à la formule, quant au fond (Pour ce dernier cas, voir plus bas, p. 69).

(2) *An judicatum sit, vel an sententia valeat*, Ulpien, Dig. 42.6.23.1.

(3) En ce sens Merkel, *Appellation*, p. 26. — Lenel, *Edit perp.*, II, p. 186. — Rapprocher Cicéron : *pro Flacco*, 21.49, de Macer, *De appellationibus*, II (Dig. 49.8.1 pr.), d'Ulpien, IV *ad Edictum* (Dig. 2.15.11), et XLIII *ad Edictum* (Dig. 42.6.23.1), et de Paul, *Sent.* 5.5^a.6^a.

terminer avec certitude (1), était examiné par un juré, selon les règles régulières de la procédure ordinaire, et la sentence pouvait déclarer qu'il n'y avait pas eu jugement, tant sur la base de l'inexistence réelle du prétendu jugement de première instance, que sur celle de sa simple nullité. En tous cas, l'effet était le même, qu'il y eut effectivement ou non un premier jugement; on faisait table rase et les parties se retrouvaient dans la situation antérieure (2). On peut seulement se demander s'il n'y avait pas lieu ensuite à *restitutio in integrum* pour pallier à l'extinction du droit régulièrement déduit en justice (3). Mais il semble bien que non, car le *judicium* restait debout, puisqu'on avait seulement décidé qu'il n'avait pas été suivi de jugement ou de jugement valable, et que le demandeur restait créancier du jugement à rendre (4).

(1) Le seule texte de l'époque républicaine est de Cicéron, *Pro Flacco*, 24.49. *Frater meus... decrevit, ut, si judicatum negaret, in duplum iret...* On n'est pas d'accord sur le caractère de cette nouvelle procédure. Lenel, *Edit. perp.*, II, p. 186-187, pense qu'elle s'engageait à la suite d'une *sponsio paenalis*, s'appuyant sur la scholie de Bobbio (*ad loc. cit.*) : *in duplum iret = dupli sponsonem faceret*. — Merkel, *Appellation*, p. 27 à 29, sans écarter absolument Lenel, ignore cet argument et donne comme vraisemblable que ce *judicium* ait simplement été pour ainsi dire « l'envers » de l'*actio judicati*, dont nous connaissons insuffisamment la formule. Bien que l'interprétation de Lenel paraisse la meilleure, on doit accorder peu de créance à la scholie et ne pas se décider sur ce point, d'ailleurs secondaire. — Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 168, n. 1 [*Strafrecht*, S. 480], semble croire qu'il y avait bien doublement du montant de l'action. Cf. Eisele, *Abhandlungen*, ch. III.

(2) Macer, II, de *appellationibus* (Dig. 49.1.8 pr.)... *Si quaeratur judicatum sit nec ne et hujus quaestionis judex non esse judicatum pronuntiaverit, licet fuerit judicatum, rescinditur...*

(3) Lenel, *Edit. perp.*, II, p. 187.

(4) Cela résulte de Gaius, III, 180. — Le *judicium* restait intact, de même que la formule délivrée, et ce devaient être les mêmes jurés

Dans une hypothèse peu différente, on pouvait recourir à une procédure proche parente de celle que nous venons de signaler. Si la partie lésée par un jugement prétendait que les jurés qui l'avaient rendu n'avaient pas eu toute liberté de le faire impartialement, elle s'adressait au magistrat, qui remettait les choses en l'état, telles qu'elles étaient au moment de la *litis contestatio*, au moyen d'une *restitutio in integrum* (1). C'est le seul cas

qui connaissaient de ce recommencement de la phase *in iudicio*. Cela ne se heurte d'ailleurs qu'en apparence à l'antithèse voulue par Cicéron, *loc. cit.*, qui oppose l'*itio in duplum*, au cas où le vaincu nie qu'il y ait eu jugement, au renouvellement de l'action devant les mêmes récupérateurs au cas où ce vaincu prétend seulement que les récupérateurs ont subi une pression. En effet, Cicéron laisse bien entendre, par opposition à l'autre cas, que le *iudicium iudicatum sit nec ne* sera jugé par un autre juge, mais il ne prétend pas que le demandeur, vainqueur à la première action, vaincu ensuite si l'on déclare « *non esse iudicatum* », ne pourrait pas poursuivre à nouveau l'obtention d'un jugement sur les bases du premier *iudicium* resté debout. Si le *iudicium* avait été *legitimum*, il l'aurait pu à coup sûr. Mais le *iudicium* concret de Cicéron, *pro Flacco*, 21.49, ayant été organisé en province, entre pérégrins et nommant des récupérateurs, il y avait trois raisons pour une à ce qu'il fut « *imperio continens* » ; il avait en conséquence disparu à la sortie de charge de Flaccus. Q. Cicéron, son successeur, aurait donc pu, refusant au besoin au défendeur l'exception *rei in iudicium deductae* par laquelle celui-ci pouvait être tenté de faire valoir de mauvaise foi l'effet extinctif de la *litis contestatio*, réorganiser un nouveau *iudicium* avec de nouveaux jurés. — Cf. Eisele *Abhandlungen*, p. 168. — On voit donc que pour les *iudicia legitima* ce mécanisme aboutissait à de nouveaux débats devant les mêmes jurés. — Faute d'avoir procédé à cette analyse et songé à cette distinction, Merkel, *Appellation* (p. 25 à 31), croit toujours nécessaire qu'il y ait des jurés différents et en conclut à tort que notre voie de recours était inutilisable devant les *Quaestiones*, les Centumvirs et les Decemvirs. En ce qui touche les *Quaestiones*, en ce sens : Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 168, note 3.

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, 21. 49 : *Frater meus decrevit ut... si metu*

absolument net, où l'on voit un magistrat casser régulièrement une sentence de jurés de sa propre autorité, et encore, ne nous apparaît-il pas comme certain s'il le faisait après examen de la cause, *cognita causa*, ou automatiquement sur la simple accusation de pression exercée (1). En l'absence de preuves contraires et en vertu de la logique juridique, nous devons admettre comme vraisemblable que cette voie de recours basée sur les pouvoirs du magistrat fonctionna en Italie et à Rome aussi bien qu'ailleurs (2). Mais cette procédure était peu efficace en pratique, car le plus souvent, c'était le magistrat, à qui seul on pouvait demander la *restitutio in integrum*, qui avait commis l'acte de pression incriminé. Il fallait donc attendre son successeur pour agir, comme dans l'espèce rapportée par Cicéron et ce successeur lui-même pouvait vouloir continuer les errements de son prédécesseur. En outre il convient de remarquer que, au cas où

coactos diceret, eosdem haberet recuperatores. En ce sens : Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 340, n. 3. — Cf. Eisele, *Abhandlungen*, p. 160. Je crois également avec Mommsen que Valère Maxime, 5.4.7, sous une inexactitude de langage naturelle à un littérateur, entend par cette *remissio paenae*, obtenue de la *Quaestio* désignée sous le nom de *Consilium judicum*, non pas une grâce, mais une nouvelle sentence, absolutoire, après *restitutio in integrum* accordée par le préteur. — En sens différent : Merkel, *Appellation*, p. 23.

(1) En ce dernier sens, on peut invoquer le laconisme de Cicéron, *Pro Flacco*, *loc. cit.* — En sens contraire, mais seulement pour l'époque des Antonins, on peut s'appuyer sur le rescrit très explicite d'Hadrien rapporté au Digeste, 42.1.33.

(2) *Contrà*, Pernice, dans *Archivio Giuridico*, 1886, p. 144, n. 6. Dans le sens de l'opinion émise au texte, on pourrait remarquer qu'il y a un indice à relever dans le passage cité de Valère Maxime, si l'on adopte l'interprétation très vraisemblable qu'en donne Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 340, n. 3. Mais l'in vraisemblance du récit de Valère Maxime a été récemment démontrée par le même auteur, *Dr. pénal rom.*, II, p. 167, n. 2.

le *judicium* était *imperio continens*, il avait disparu à l'entrée en charge du successeur de celui qui l'avait organisé, et qu'il fallait en réorganiser un nouveau (1).

Si des irrégularités s'étaient produites au cours du procès, il semble en outre que l'on pouvait recourir à la *restitutio in integrum* d'un magistrat, au lieu de recourir à la *revocatio in duplum*. Mais ce procédé était peut-être entaché de quelque irrégularité, s'il suspendait en outre toute poursuite postérieure (2).

Enfin, une partie gravement lésée pouvait avoir recours à l'*intercessio* d'un magistrat, ou d'un tribun de la plèbe pour faire tomber le *judicium* organisé (3), ou pour entraver l'exécution matérielle de la sentence (4). De son

(1) On n'a pas assez remarqué jusqu'ici que les compliments adressés par Cicéron à son frère à propos de l'affaire concrète du *Pro Flacco*, 21, 49, s'expliquent très bien par là. Celui-ci pouvait donner d'autres juges, après sa *restitutio in integrum*. Il ne l'a pas fait par une sorte de coquetterie juridique, prétendant que les mêmes récupérateurs jugeraient bien, une fois délivrés de toute contrainte.

(2) Il est assez difficile, pour cette raison, et en outre parce que c'était une mesure politique, de savoir si la *restitutio in integrum* accordée par César à ses partisans condamnés irrégulièrement par les *Quaestiones* de la *lex Pompeia*, était une mesure normale ou une atteinte à la souveraineté des jurés... Voir *Caes.*, *Bell. Civ.*, III.4. — Cf. Suétone, *Caes.*, 41.

(3) Paul (*Dig.* §.1.58) Mommsen (*Dr. Public rom.*, I, p. 313) pense, à juste titre croyons-nous, que l'intercession ne pouvait plus avoir lieu lorsque le *judicium* avait abouti à une sentence. Et cependant, dans le dernier état de sa pensée, Mommsen semble bien incliner à croire que l'intercession tribunicienne aurait peut-être prise sur un *judicium imperio continens*. Il avoue d'ailleurs qu'aucun document ne prouve ou n'improve cette idée, comme pour le *judicium legitimum*, au surplus, V. *Dr. pénal rom.*, I, p. 323, n. 3 [*Strafrecht*, S. 276].

(4) V. Cicéron, *Divin. in Caecil*, 17.56. *Rem cognoscit (Verres), factum improbat, cogit quaestorem suum pecuniam... reddere*. Mommsen (*Dr. public rom.*, I, p. 367, n. 1 et *Dr. pénal rom.*, I, p. 324, n. 2,

propre mouvement ou sous une pression extérieure, le magistrat pouvait aussi, au moins sous la procédure formulaire, refuser la délivrance de l'*actio judicati* ou l'insertion de l'*exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ*. Mais, outre que ces moyens étaient trop violents et disproportionnés au but à atteindre dans la plupart des cas, ils laissaient les justiciables au bon vouloir des magistrats et des tribuns qui pouvaient refuser d'intercéder; chose plus grave encore, le contrôle des tribuns ne s'étendait pas hors de Rome même.

V. — Tel était l'état de choses régulier à la fin de la République. Le principe de la souveraineté des jurés, reposant sur des bases politiques, est admis sans conteste et les inconvénients qu'il pourrait avoir sont peu dangereux, tant à cause du bon recrutement des « *judices selecti* » qu'à raison des divers moyens détournés à l'aide desquels on peut éviter une sentence injuste.

Il ne faut cependant pas s'exagérer l'importance qu'avait le principe aux yeux des Romains eux-mêmes, ni surtout s'imaginer qu'il ait pu traverser l'époque troublée à tous points de vue où le régime démocratique s'établissait, sans perdre, comme bien d'autres règles aussi vénérables, quelque peu de sa rigueur primitive. La sus-

II, 153, n. 4) [*Strafr.* S. 277, u. 467] y voit une annulation de la procédure des récupérateurs nommés par son questeur. Rien n'autorise cette interprétation du texte, et il est préférable d'admettre avec Merkel, *Appellation*, p. 20 (Cf. Kipp, *loc. cit.*), que Verrès fit simplement revenir sur l'exécution de la sentence, tout en laissant celle-ci debout. Il est d'ailleurs peut-être bien hardi d'appeler, comme fait Merkel, *intercession*, l'acte de Verrès, car celle-ci supposerait nécessairement une plainte de la partie lésée qui ne ressort nullement du texte (V. Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 317, 318 et Merkel, *Appellation*, p. 109. — En sens différent : Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 149 [*Strafrecht*, S. 464].

picion où les fondateurs de la République tenaient le cumul des fonctions judiciaires en une seule main, diminuait vraisemblablement à mesure qu'augmentait le temps écoulé depuis la chute des rois, comme faisait la haine même des institutions monarchiques. D'autre part, en matière criminelle, surtout quand les luttes politiques aboutissaient à des procès retentissants, la tendance était naturellement de faire l'opinion publique, le peuple, disait-on alors, juge en dernier ressort. Enfin les mœurs judiciaires n'étaient pas restées si pures que les sentences aient pu être toujours acceptées de bon cœur et que les justiciables n'aient pas cédé au besoin si humain de les faire reviser par une puissance élevée.

A défaut de faits précis, ces raisons seules pourraient faire douter du maintien intégral de la souveraineté des jurés. Mais il y a des textes en petit nombre, qui confirment ces vues. Il ne nous reste rien de suffisant, il est vrai, pour montrer la désaffection probable du principe chez les Romains d'alors, mais nous pouvons nous contenter des signes extérieurs par où se manifeste ce mouvement des esprits.

Dans l'ordre législatif d'abord, il convient de signaler une tentative infructueuse de Tib. Gracchus pour établir la *provocatio* aux comices à l'encontre des sentences rendues par une *Quaestio* (1). Cette tentative fut reprise par Marc-Antoine, après la mort de César ; dans le courant de l'été 710 il fit approuver une loi permettant aux condamnés des *Quaestiones de vi et de majestate* de faire

(1) Plutarque, *Tib. Gracchus*, 46 :... διδοὺς ἐπικαλεῖσθαι τὸν δῆμον ἀπὸ των δικάστων. Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 462 ; Merkel, *Appellation*, p. 48.

provocatio aux comices (1). Il est incertain que ce régime particulier se soit maintenu ou ait été supprimé par la suite (2). En outre de nombreuses lois d'exception effacèrent des peines à chaque changement de parti au pouvoir (3).

A côté de ces restrictions légales (4) à la vieille règle

(1) Cela résulte de Cicéron, *Philipp.*, I, 9, 21 et 22 : *Altera promulgata lex est, ut de vi et de majestate damnati ad populum provocent, si velint...* Il est curieux de remarquer que, parmi les longs reproches que Cicéron adresse à Antoine à propos de cette loi révolutionnaire et démagogique, il n'en est aucun qui soit fait au nom du respect dû aux sentences de jurés, mais qu'il condamne la réforme seulement au nom de l'ordre public et du prestige de l'Etat mis en péril. Il est à remarquer aussi que cette réforme est une réforme démocratique, sans doute réclamée par le peuple et qu'elle faisait un tout, dans le programme politique de Marc-Antoine, avec l'élargissement des bases de recrutement des jurés, de même que ces deux réformes formaient déjà un tout dans le programme des Gracques. — Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 162 [*Strafr.* S. 476]; G. Ferrero, *Grandeur et décadence de Rome*, III, p. 116-117.

(2) Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 162 [*Strafr.* S. 476], pense que la *lex Antonia de provocatione* n'a eu qu'un temps d'application éphémère. Il s'appuie sur Cicéron, *Philipp.*, XIII, 3, 5 : *Acta M. Antonini rescidistis, leges reflexistis...* Mais il n'est pas certain, en premier lieu, que notre loi ait été comprise dans cette mesure d'abrogation des actes et lois d'Antoine; ensuite, quand bien même cela serait, il est peu vraisemblable qu'après la victoire de Philippi et même avant, dès la constitution du triumvirat, Marc-Antoine n'ait pas rétabli ceux de ses actes ou lois que l'on avait annulés. Ces deux essais sont considérés comme des signes avant-coureurs de la future *appellatio* des *Quaestiones*, sous le Principat, par Huschke, *Multa und Sacramentum*, p. 103, note 267.

(3) Voir sur ce point : Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 169 et s. [*Strafr.* S. 481 f.].

(4) Nous ne croyons pas pouvoir y faire rentrer la *provocatio* aux comices consécutive à la sentence prononcée contre Rabirius par les *Duoviri perduellionis*, comme fait Conradi, sur Suétone, *Vit. Caes.*, 12. — Ces magistrats, établis extraordinairement par une loi

constitutionnelle de la souveraineté des jurys, il y eut de nombreuses atteintes, au sens strict, de la part des magistrats, évidemment encouragés et poussés dans cette voie par la foule des justiciables eux-mêmes. Ces atteintes provoquaient naturellement de vives protestations de la part de ceux qui se trouvaient lésés par leur illégalité, mais le courant était trop fort pour être endigué.

Il arriva d'abord qu'au lieu de recourir à une loi votée par les comices pour faire effacer les peines prononcées par les *Quaestiones* d'adversaires politiques, on se contentât d'en obtenir la rémission au moyen d'une *restitutio in integrum* prononcée par le chef du parti politique au pouvoir. Dès l'époque de la dictature de Sulla, on voit celui-ci proposer à P. Rutilius Rufus de rescinder la sentence de la *Quaestio repetundarum* qui l'avait exilé injustement. D'ailleurs, fait remarquable pour l'histoire de l'évolution des idées, Rutilius refusa qu'il fût attenté à la souveraineté des jurys, fut-ce en sa faveur ; mais d'autres moins scrupuleux durent profiter de la victoire du parti aristocratique pour faire effacer leurs condamnations (1). Cicéron, obstinément conservateur des principes libéraux posés par les *maiores*, défendait à tout propos la souveraineté des jurys, mais peut-être n'obte-

spéciale, sont trop différents des jurés proprement dits, bien qu'ils aient une certaine analogie avec les *Decemviri stilitibus judicandis*. — Cf. Mommsen, *Dr. public rom.*, IV, p. 325 et s.

(1) La version la meilleure de l'histoire de Rutilius est celle de Valère Maxime, 6. 4. 4 : *In exilio ne quid adversus leges faceret remansit*. Elle indique clairement l'irrévocabilité des sentences de *Quaestiones* et semble même l'attribuer à une disposition législative formelle. — Adde : Ovide, *Ep. ex Ponto*, 1.3.63. et Sénèque, *de Benef.*, 6.37. — Cf. Mommsen, *Hist. rom.* (Trad. Alexandre), V, p. 187 et p. 360. — *Dr. pénal rom.*, II, p. 169 [*Strafrecht*, S. 481].

nait-il plus dès lors, même dans ses apostrophes contre Vatinius (1), qu'un demi-succès tempéré de beaucoup de scepticisme. Il était au surplus bien difficile pour les contemporains eux-mêmes, de faire le départ entre ce qui était conforme à la loi et ce qui, sans lui être conforme, peut-être même en la violant ouvertement, résultait des pouvoirs presque illimités des magistrats, en ce qui concernait du moins les provinces. Voir Verrès, gouverneur de Sicile, casser les sentences des jurés institués par lui ou par son mandataire (2), n'était pas, en somme,

(1) Cic., *in Vat.*, 14, 33 et 34. *Factum... in omni memoria omnino inauditum, appellarisne tribunos plebis ne causam diceres. — ...pœnam esse sublatam... appellatione improbissima.* — Cf. Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 314, n. 3.

(2) Les auteurs ne sont pas d'accord sur la nature de l'acte de Verrès ; Cicéron, *Verr.*, II, 2.13.33, s'exprime ainsi : *Libere civi judicare non licebat. Edictum hominis enim cognoscite, quo edicto omnia judicia redegerat in suam potestatem : Si qui perperam judicasset, se cogniturum ; cum cognosset animadversurum. Idque cum faciebat, nemo dubitabat, quin, cum iudex alium de suo iudicio putare judicaturum seque in eo capitis periculum aditurum, voluntatem spectaret ejus, quem statim de capite suo putaret judicaturum.* — Cf. *Verr.*, II, 2.23.57. — En isolant les mots empruntés par Cicéron à l'Edit de Verrès, certains auteurs ont cru que, par *animadversurum* il fallait entendre une révision de l'affaire par Verrès, *cognita causa*, en vertu des pouvoirs illimités et de l'irresponsabilité du gouverneur revêtu de l'*imperium militare*, et non pas une simple menace d'action disciplinaire contre les jurés jugeant *perperam*. — V. Pernice, dans *Archivio Giuridico*, 1886, p. 144 et notes ; Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 265, n. 2 et *Dr. pénal rom.*, II, p. 153, n. 1 [*Strafr.*, S. 468]. Ce dernier pense, en particulier, qu'il s'agit ici de la cassation très légale par Verrès des sentences des jurés institués par son délégué de juridiction, le questeur. Ce n'est pas impossible, à priori ; et l'objection de Merkel (*Appellation*, p. 33), que le préteur selon le *decretum Rupili* devait donner lui-même les jurés et non s'en reposer sur son questeur, ne porte pas ; d'abord parce que le préteur ne devait lui-même *dare iudicem* qu'au cas particulier où le

une anomalie plus grave que voir un préteur élargir, compléter ou même corriger le vieux droit civil résultant de lois positives ou organiser des *judicia* de sa propre autorité (*imperio continentia*), hors des cas où la loi *Æbutia* l'y autorisait formellement (*judicia legitima*) (1). Cicéron lui-même est assez ambigu dans ses reproches à Verrès et sans doute aurait-il été aussi violent à son endroit qu'il sera contre Vatinius et contre Antoine si le

procès avait lieu entre Siciliotes de cités différentes, et ensuite parce que Verrès a fort bien pu ne pas se soumettre à cette règle plus qu'aux autres qu'édicteait le règlement appelé *lex Rupilia* (Cf. P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*, Paris, 23 mars 1903). — Cependant, le mot *animadvertere* a d'ordinaire une signification disciplinaire (V. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, p. 182) ; il suffit de lire la phrase qui suit la citation de l'Edit pour voir que Cicéron le prend dans ce sens, puisqu'il n'y est question que de risquer sa tête en mal jugeant. On doit donc admettre avec Merkel que l'édit de Verrès contenait une menace de peines disciplinaires et non une promesse de cassation des sentences rendues *perperam*. C'est ce qu'admet Kipp, V^o *Appellatio* (l'Pauly Wissowa, II, p. 195), à l'aide d'un argument qui paraît de moindre valeur : l'intercession, dit-il, ne peut renverser une sentence par le détour de la cassation du décret organisant le *judicium*, pas plus que le magistrat ne peut y parvenir en cassant son propre décret ; il serait donc bien invraisemblable que le mandant ait tous ces pouvoirs sur le décret de son mandataire. Cela peut être vrai pour Rome, mais ne l'est pas pour les *judicia* provinciaux reposant sur l'*imperium militare*, selon la juste remarque de Pernice. — Le seul argument en faveur de la façon de voir de Merkel, c'est donc le texte même de Cicéron. Mais cela n'empêche aucunement de croire que Verrès cassait aussi les sentences, bien que le texte ne vise expressément que les suites disciplinaires. En effet ce serait accorder à Verrès trop de retenue que de supposer qu'il recourait simplement aux menaces, sans les accompagner de cassation, en pratique. En résumé, comme remarque Pernice (*loc. cit.*), Cicéron cherche plutôt à représenter comme néfaste la nouvelle règle de l'édit Sicilien, qu'à la combattre ouvertement comme arbitraire et illégale.

(1) V. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, I, p. 166.

gouverneur de Sicile avait agi ouvertement contre des lois absolument nettes. L'imprécision de l'organisation provinciale laissait dans son mécanisme, dès la fin de la République, un jeu suffisant pour permettre à l'appel de s'introduire, à la fois légalement et inconstitutionnellement, sans protestations à Rome ni dans les provinces mêmes.

Sous la dictature de César, sans doute l'appel ne fut-il pas introduit légalement (1) ; et cependant, nous avons dès lors, et pour Rome même, des indices fâcheux pour le maintien de l'ancienne irrévocabilité des sentences de jurés. — En 706, le préteur M. Caelius Rufus profitant du séjour de César en Thessalie pour faire de la démagogie, plaça son siège curule à côté de celui de Trébonius, préteur urbain, et promit d'intercéder contre les sentences des arbitres nommés pour estimer les biens des débiteurs insolvables et en transférer la propriété aux créanciers (2). Personne n'eut d'ailleurs recours à son *auxilium*.

(1) C'est à cette époque que Mommsen rattacha tout d'abord l'introduction de l'appel des jurés, avant d'enseigner que ceux-ci avaient conservé leur souveraineté jusqu'à leur disparition définitive au III^e siècle. — V. *Hist. rom.* (Trad. Alexandre), VIII, p. 89 et note 1.

(2) Caes., *de Bello civ.*, 3, 1 et 3.20.1. — Cf. Münzer, V^o *Caelius*, n^o 35 (Pauly-Wissowa, II, p. 1271) et G. Boissier, *Cicéron et ses amis*, p. 214. — La nature de ces arbitres n'est pas absolument connue. Un premier point à retenir c'est qu'ils n'étaient pas nommés par César lui-même : (*Caesar*)... *constituit ut arbitri darentur*. Ensuite il est à remarquer que leurs fonctions devaient avoir un lien étroit avec la juridiction du préteur urbain, puisque c'est à côté de celui-ci que s'installe Caelius pour intercéder si on l'en prie. Peut-être n'est-il pas d'une hardiesse exagérée de voir en eux des arbitres donnés selon les règles de l'*ordo*, chargés d'estimer les biens et d'opérer un transfert de propriété par *adjudicatio*. Si en effet ils étaient eux-mêmes des magistrats extraordinaires, on ne com-

Enfin, en 710, le jour même de la mort de César, Brutus, préteur urbain, menacé d'un appel à César, répondit que celui-ci ne l'empêchait ni ne l'empêcherait d'agir suivant la loi (1). Sans doute, sa réponse même indique bien que l'appel n'était pas légal, mais ce seul fait qu'il était contraire à la loi nous fait connaître qu'il s'agissait bien d'appel de jurés et non d'une décision administrative quelconque, appel admis sans doute fréquemment par César aux mains de qui c'était un bon instrument de domination politique. Peut-être aurait-il régularisé cet état de choses s'il avait vécu plus longtemps ; quoi qu'il en soit, jusqu'au dernier jour de la République, le principe de la souveraineté des jurés subsista, absolu, comme le principe de liberté politique lui-même, bien qu'il y ait eu certaines atteintes graves à l'un comme à l'autre.

prendrait pas pourquoi le préteur urbain serait intervenu dans cette affaire. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 109.

(1) Plutarque, *Brutus*, XIV, in fine « Ἐπεὶ δὲ τις μὴ βουλόμενον δίκην ὑποσχεῖν ἐπεκαλεῖτο Καίσαρα καὶ πάλυς ἦν βροῦν καὶ μαρτυρούμενος, ἀποδεδέχας Βρούτος εἰς τοὺς παρόντας· « Ἐμὲ Καῖσαρ, εἶπεν, οὔτε κωλύει ποιεῖν τὰ κατὰ τοὺς νόμους οὔτε κωλύσει. ». Brutus était préteur urbain en 710.V. Fröhlich, V^o *Cassius*, n^o 59 (Pauly-Wissowa, III, 1730). L'appel à César est fait, devant le préteur urbain, par un individu refusant d'accepter une condamnation, sans doute poursuivie par voie d'*actio iudicati* devant le préteur urbain.

DEUXIÈME PARTIE

LA QUESTION DE L'APPEL DANS LA PROCÉDURE ORDINAIRE SOUS LE PRINCIPAT

I

EXAMEN ET CRITIQUE DE LA THÉORIE NÉGATIVE.

Y a-t-il des raisons de croire que le principe de la souveraineté des jurys, base de l'organisation judiciaire républicaine, ait continué à dominer la procédure ordinaire romaine sous le Principat jusqu'au complet remplacement de celle-ci par la *cognitio* personnelle du magistrat ? On l'a soutenu et l'on pourrait croire les raisons mises en avant d'un poids considérable, puisqu'elles ont entraîné, sans être très nombreuses, un grand nombre de romanistes, et presque sans résistance.

La célèbre affirmation de Mommsen, étayée d'un texte unique cité sans discussion approfondie, se retrouve à la base de toutes les théories des auteurs ralliés. — La pureté de logique constitutionnelle du nouveau système et le charme qui en résultait ont séduit tout le monde ; la notoriété de Mommsen et l'enthousiasme que susci-

tail son extraordinaire pénétration des choses romaines ont fait le reste. Quant au texte (1), invoqué parce qu'il fallait bien en apporter un quelconque à l'appui de la thèse nouvelle, on en parle peu ou pas ; chacun sent que l'intérêt est ailleurs.

A. — Le motif, suffisant à lui seul, qui fait douter les uns de l'existence de l'appel à l'encontre des sentences des jurés romains et qui porte les autres à la nier résolument, c'est que le Prince d'une part et le juré statuant *in judicio* de l'autre ont chacun une sphère d'attributions différente, sans aucun point de contact, permettant d'aller de l'un à l'autre. La magistrature suprême a été superposée aux rouages républicains, sans presque rien modifier à ceux-ci. Il a bien pu se constituer une procédure administrative sans cesse plus envahissante, mais à côté d'elle a subsisté, jusqu'au jour où elle fut étouffée complètement, la vieille procédure de l'*ordo judiciorum*, toujours caractérisée par la séparation constitutionnelle des pouvoirs entre le magistrat *in jure* et le simple citoyen investi du droit de dire son avis *in judicio*. Le Prince n'a pas pu substituer sa juridiction à celle des jurés républicains sans commettre un abus (2) ; encore moins a-t-il pu re-

(1) Annotation de Paul sur les *Πρόζωα* de Labéon ; au Dig. 50, 16 244. — Voir *infra*, p. 39 et ss.

(2) V. Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 268. — L'histoire de ces atteintes directes est minutieusement racontée par Merkel, *Appellation*, p. 46 à 56. — De leur illégalité, on ne peut d'ailleurs conclure à celle de l'appel des sentences de jurés, croyons-nous ; il pouvait fort bien y avoir deux règles différentes, les parties ne pouvant pas être contraintes à être jugées hors des règles de l'*ordo*, mais pouvant en sortir à leur gré pour porter l'affaire au Prince, par exemple. Les historiens ont seulement reproché aux empereurs de se substituer au *jus ordinarium* (Suétone, *Claude*, 15). — Cf. P.-F. Girard, Cours de pandectes sur la *Procédure extraordinaire*, Paris, 25

cevoir les appels interjetés de ces sentences, puisqu'il n'y avait pas de rapports hiérarchiques entre lui et le juré (1). Les sentences des jurys sont donc restées intangibles et sacro-saintes (2) après la création du Principat comme elles l'étaient sous la République.

Telle est la thèse de Mommsen et des auteurs qui l'ont suivi. — Elle serait inattaquable si son point de départ était historiquement prouvé et plutôt que l'abandonner on devrait soupçonner, dans les textes en contradiction avec elle, des sens inconnus ou des retouches postérieures. Mais à tout bien considérer, cette thèse négative repose simplement sur une pétition de principe évi-

avril 1907 ; il n'existe, à notre connaissance, aucun reproche d'avoir jugé en appel sur une sentence de juré. Or, il est bien probable qu'en fait, même au cas où cet appel aurait été illégal, des empereurs se le seraient permis, étant saisis de l'affaire par une partie, alors qu'ils se permettaient de juger en première instance malgré les protestations des adversaires. Il est même bon de remarquer que Suétone, mentionnant l'activité rescindante de Domitien (§ 8) contre les Centumvirs, la met après ces mots qui sont loin d'impliquer un blâme : *Jus diligenter et industrie dixit...*

(1) Voir Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 271 et *Dr. pénal rom.*, II, p. 155 [*Strafrecht*, S. 470]. — Eisele, *Abhandlungen*, p. 181 et *Zur Querela inofficiosi testamenti* (*Z. Sav. Stift.*, XV, 1894, p. 278), part d'une idée analogue : celle que la procédure ordinaire en deux phases est quelque chose de très étranger à la procédure en une phase pratiquée en cas de *cognitio*. L'appel, hiérarchique sans doute, lui paraît donc une énormité. Mais, outre qu'il ne manque pas d'énormités dans l'histoire du déclin d'une institution judiciaire, en général, admettre l'appel du juré ne prouve rien à l'encontre de cette « Qualitative Arbeitsteilung », car un autre magistrat que celui qui a donné le juge a pu être chargé de recevoir les appels, et nous verrons qu'en fait, ce fut longtemps à l'empereur même qu'ils furent adressés. — Dans le même sens : Merkel, *Appellation*, p. 63-64, pour le début du Principat, du moins.

(2) « Der Ernst und die Heiligkeit der Geschworenen verfassung », dit Merkel, *Appellation*, p. 64.

dente. Pour établir qu'il n'y a jamais eu appel, sous le Principat, des sentences de jurés, Mommsen part de cette idée que l'établissement du nouveau gouvernement n'a apporté aucune modification dans l'administration de la justice suivant l'*Ordo judiciorum*. Or, telle est précisément la question qui se pose (1). L'introduction du Principat n'a-t-elle pas amené une modification dans la procédure ordinaire, soit par suite des nouvelles règles du gouvernement dyarchique, soit indépendamment de ces règles par la mise en vigueur de nouveaux principes de procédure ? C'est ce qu'il convient de rechercher minutieusement dans les textes avant de résoudre le problème dans un sens quelconque (2). *A priori*, rien n'empêche de concevoir qu'une mesure législative connue directement de nous ou révélée seulement par un nouveau langage des textes, ait établi l'appel à l'encontre des sentences des jurés romains, soit de façon absolue, soit

(1) Merkel (*Appellation*, p. 64) commet la même pétition de principe, comme l'ont remarqué Hartmann et Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 529, note 38.

(2) La méthode de raisonnement de Mommsen dans l'étude du problème qui nous occupe est révélée par la dernière forme qu'il donne à sa pensée dans son *Dr. pénal rom.*, I, p. 323, n. 3 et surtout I, p. 324, n. 2 [*Strafrecht*, S. 276 flg.] Sa préoccupation de n'admettre l'appel des jurés qu'à condition de rencontrer des précédents sous la République et dans la mesure seulement de ces précédents le conduit presque à admettre sous le Principat l'appel à l'empereur de tous les *judicia imperio continentia* établis par des détenteurs inférieurs de l'*imperium*, parce qu'il voit dans un passage de Cicéron (*Div. in Caec.*, 17, 56) la preuve de ce droit de la *major potestas* sous la République même. Nous ne suivrons pas Mommsen dans cette voie, car ce texte ne prouve nullement ce droit pour la République (V. plus haut, p. 20, note 4). — Quoi qu'il en soit, on voit que pour Mommsen la question de réformes introduites sous Auguste ne se pose même pas.

dans une mesure à déterminer. Ce n'aurait certainement pas été un changement plus radical que celui qui résulta de la loi *Æbutia*, et nous savons d'ailleurs que des lois judiciaires, sous Auguste, ont modifié différents points de l'ancienne procédure (1). À côté des pouvoirs du Prince décrits par Mommsen et qui en effet ne conduisent pas à admettre forcément qu'il avait une juridiction d'appel au-dessus des jurés, il se peut qu'il ait eu d'autres pouvoirs inconnus de nous ou mal dégagés des textes jusqu'ici, pouvoirs lui donnant cette haute juridiction. — Rien ne prouve que ce soit impossible. Ce que Mommsen pose à la base de sa négation, et ce que beaucoup d'auteurs ont admis peut-être trop facilement, c'est justement ce qu'il faudrait démontrer.

Le bouleversement politique et social où périrent les institutions républicaines et d'où sortit le Principat fut trop profond pour que l'on puisse admettre sans plus de preuves que rien ne fut changé à la souveraineté absolue qui caractérisait le juré du régime disparu. Tout au contraire, on doit remarquer combien l'époque était favorable aux changements et n'admettre qu'avec prudence la persistance, au-delà de la période troublée, d'une institution et d'un principe antérieurs. L'existence de raisons purement constitutionnelles que nous avons reconnu être le seul fondement de la souveraineté du jury romain (2) nous conduit même, dans l'étude de cette ques-

(1) Par exemple : réforme des Centumvirs et des Décemvirs ; fixation à 18 mois du délai de péremption du *judicium legitimum* ; suppression presque absolue de la *legis actio*, etc. — Voir en particulier : Wlassak, *Rom. Processgesetze*, I, p. 167 à 276. — Cf. Voigt, *Ueber die Leges Juliae*, *passim*.

(2) V. plus haut, p. 6.

tion, à une réserve particulière, puisque c'est précisément une modification constitutionnelle qui a été le résultat des révolutions des VII^e et VIII^e siècles de Rome. La souveraineté absolue était un attribut du juré romain des temps primitifs, mais elle n'était sans doute pas de son essence ; la conscience antique ne répugnait pas, malgré qu'on en croie d'ordinaire, à soumettre un juré à l'appel de ses sentences (1). Le champ est donc libre, à ce point de vue, pour une recherche dégagée de tout parti-pris d'ordre constitutionnel.

B. — On pourrait peut-être songer aussi à nier l'appel de la sentence du juré en partant de la rédaction de la formule. Le « *si paret... condemna ; si non paret... absolve* » semble donner toute liberté d'appréciation au juré et le faire seul juge de ce qu'il doit décider. Mais ce serait aller manifestement trop loin puisque, même sous la République, nous avons reconnu, avec tout le monde, l'existence d'une cassation de certaines sentences, dans des cas où une formule avait été délivrée (2). En second lieu, le même raisonnement pourrait s'appliquer aux instructions écrites données aux juges-commissaires jugeant *extraordinem*, qui contiennent également d'ordinaire l'invitation d'examiner un point et de condamner s'il est vérifié ; or, de ces juges, l'appel a toujours existé (3). Enfin ce

(1) Les jurés attiques, *Διαιτῆται*, étaient soumis, depuis Solon, à l'appel, avons-nous vu, *suprà*, p. 5, n. 2. — Il est à craindre que l'on n'ait apporté dans l'étude de cette question des façons de penser modernes, et qu'à travers le juré romain on n'ait souvent involontairement vu le juré moderne absolument souverain, de son essence même.

(2) V. plus haut, p. 15 et ss.

(3) V. par exemple : Papyrus de Berlin, n° 136 ; Papyrus d'Oxyrinchos, I, 37, et I, 67. — Cf. L. Boulard, *Instructions écrites du*

raisonnement méconnaîtrait, comme celui de Mommsen, la possibilité d'un changement de législation au début du Principat. En admettant même qu'à une époque déterminée la formule ait été exclusive de l'appel, rien ne prouve que cette antinomie ne se soit pas adoucie dans les derniers temps de la République. C'est le sort de tous les principes, juridiques ou autres, de se décolorer en vieillissant et d'admettre tant de tempéraments et d'exceptions qu'ils finissent par perdre toute valeur de raisonnement.

C. — Un autre argument, d'ordre philologique, cette fois, a été mis en avant par Mommsen pour prouver que tous les textes du Digeste sur quoi l'on basait jadis l'appel des jurés, se rapportaient en réalité au juge-commissaire quelquefois appelé juge pédané à raison de sa situation inférieure (1). — Le *judex datus* des compilations justiniennes ne doit pas être confondu avec le juré qui a dû être éliminé systématiquement des compilations à cause de la disparition déjà ancienne alors du *jus ordinarium*. Il est donc, dans les sources tardives, le *judex extraordinem datus*, selon le terme même que s'applique Aulu-Gelle (2), juge pédané ou commissaire, sur qui le magistrat se décharge des causes secondaires quand il est écrasé de besogne. On ne doit pas entendre

magistrat au juge commissaire dans l'Égypte romaine (Thèse, Paris, 1906), pp. 58 et s. — Si éloignées que l'on suppose, avec cet auteur, les instructions écrites des vraies formules de l'*ordo*, il n'en reste pas moins que certaines présentent un point à vérifier « *κῆν φανῆ* : si paret » et une invitation à condamner d'une façon quelconque. Or, cela ne préjuge en aucune façon des pouvoirs de juger en appel qui appartiennent au délégué.

(1) V. Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1, et p. 275, n. 1.

(2) Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, 12.13.2.

par *judex datus* le juré statuant selon les règles de l'*ordo judiciorum privatorum*, contrairement à ce que faisaient les anciens civilistes (1). En conséquence, tous les textes parlant de l'appel du *judex datus* ne prouvent rien en ce qui concerne le juré du Haut-Empire.

Ici encore, la conclusion serait vraie s'il était prouvé que *judex datus* n'ait jamais été un terme ayant servi à désigner le juré à la bonne époque. Or, c'est ce qu'admettent tout simplement les auteurs qui ont adopté les conclusions de Mommsen. Allant en cela plus loin que n'avait fait lui-même le vulgarisateur de cette doctrine dans les passages où il l'expose (2), ils ont imité la hardiesse avec laquelle il se servait de ce critérium reconnu cependant comme incertain et ils ont repoussé de parti-pris tout texte renfermant la moindre allusion à la *judicis datio* (3).

(1) Par exemple Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, II, 46 ; III, 103. — La confusion continue encore dans Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 523-524.

(2) Mommsen, dans le passage capital de sa théorie (*Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1), dit seulement en effet : « ce *judex* doit plutôt être le représentant institué à titre spécial par ce magistrat pour une *cognitio* à laquelle il devrait procéder. » — Il semble déjà devenir plus absolu, p. 275, note 1 : « Le *judex datus*, ou, comme on l'appelle encore, le *judex pedaneus* du droit récent, se trouve ainsi expliqué ». — Enfin, par un phénomène d'auto-renforcement des idées, Mommsen en arrive (*Dr. pénal rom.*, I, p. 290, note 8) [*Strafrecht*. S. 249], à émettre cet article de foi tranchant : « Lorsque nos sources parlent de *judex datus*, elles visent la *cognitio* ». Dans le même sens, Eisele, *Zur Querela inofficiosi* (*Zt. Sav. Stift.*, XV, 1894, p. 278).

(3) Par exemple, M. Lenel, *Zur Form der Klassischen Litiskontestation* (dans la *Zeitsch. Sav. Stift.*, 1903, p. 339, note 2), abandonne une théorie antérieure et attribue soudain un *responsum* de Scaevola (Dig. 46.7.20) à la procédure de la *cognitio* parce que le texte porte

Il est cependant certain que, si le juge-juré, a été désigné du nom de *judex datus* par un jurisconsulte classique, il n'y aura eu besoin d'aucune interpolation byzantine pour rapporter le texte au juge-commissaire, qui portait le même nom. De nombreux fragments du Digeste pourront donc fort bien nous être parvenus purs à ce point de vue du moins.

Or, il est évident que, tant sous la République que sous le Principat, le juré a été fréquemment nommé *judex datus*. Pas plus pour lui que pour le commissaire ce ne fut jamais une dénomination technique ; c'était seulement une allusion à la façon dont ils étaient institués. Comme tous deux faisaient l'objet d'une *datio* (1), tous

ces simples mots *judicem datum*. L'habitude, d'ailleurs pleine d'inexactitude et de danger, s'est prise d'opposer toujours le *judex datus*, ou juge pédané, au *judex unus*, juré, bien que l'on sache que le terme *judex datus* soit plus large et englobe le juré comme le commissaire. — V. par ex. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1061, où la valeur exacte de l'expression est reconnue et p. 1061, n. 2, 1065, n. 4, 1066, 1067 où celle-ci est prise comme synonyme de juge-commissaire. Même terminologie dans Chabrun, *Querela inoff. test.* (Thèse, Paris 1906), p. 124 et Pernice (dans *Archivio Giuridico*, 1886, p. 142 et 146). M. Wlassak s'est vivement élevé contre l'habitude de voir un juge pédané dans tout *judex datus* des sources. *Röm. Prozessgesetze*, I, p. 216, note 27. « Ich meine also, wer den *iudex* schlechthin in einer klassischen Stelle für den *iudex pedaneus* ausgiebt, der muss das natürlich beweisen. » On s'explique mal qu'Eisele, *Zur Querela inofficiosi* (*Z. Sav. St.*, 1894, p. 278), ait prétendu qu'en matière de discussion scientifique il n'y a pas de question de fardeau de la preuve. Il semble que l'on doive toujours prouver ce que l'on avance ; la règle de procédure, *onus probandi incumbit actori* est simplement la traduction juridique d'une règle de logique générale.

(1) V. en dernier lieu, sur la *datio* du juré : I. Bekker, *Ueber Anfang und Ende des in iure Verfahrrens* (*Z. Sav. Stift.*, 1906, p. 41 et s.). — Les textes importants sont : *judicis recuperatorum datio*, dans la *Lex agraria* de 643, § 35 ; *judicis datio addictio*, dans la *Lex Julia*

deux étaient « *dati* » (1). Le terme *judex datus* est, en résumé, trop neutre pour avoir la valeur d'un indice probant en faveur de la procédure extraordinaire.

Agraria de 695, ch. V (ou LV) ; *judex arbiterve addicatur detur*, dans le *Fragmentum Atestinum* ; *judicis arbitri recuperatorum datio addicto*, dans la même source ; *judicem dato*,... *judicem dari*, dans la table d'Héraclée (prétendue *lex Julia municipalis*), lignes 44 et 45 ; *ob judicem arbitrumve dandum*, dans la *Lex Julia repetundarum* (dans Macer, Dig. 48.11.7 pr.) ; *judex daretur*... *dabatur judex*... *judex datus esset*, dans Gaius, IV, § 14 ;... *unquam judicem nec recuperatorem dedit*, dans Cicéron, *Verr. II^a*, 3.11.28, etc. — Dans les sources justiniennes même : les développements de Paul (Dig. 5.1.12, § 1 et 2) sur la *judicis datio* et les incapacités d'être *judex*, sont à coup sûr relatifs au juré, car ils sont extraits du livre XVII *ad Edictum* où Paul traite en général de la juridiction civile et viennent après un *principium* où le préteur mentionné est sûrement le préteur urbain ou pérégrin, à cause de la pluralité de juges. Le passage relatif au *judex datus* par le *praefectus urbi* ne vise pas les préfets impériaux qui n'étaient pas des « magistrats de Rome » au sens technique du mot, mais le *Praefectus Urbi Feriarum latinarum*, jugeant conformément aux règles de l'*ordo*, en l'absence, à raison de fêtes religieuses, des magistrats ordinaires (V.P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*, Paris, 14 et 24 nov. 1902 et 30 janv. 1903).

(1) La démonstration en a été minutieusement faite par M. P.-F. Girard (*Unus Judex*, 14 nov. 1902), suivi depuis par M. L. Boulard, *Instructions écrites*..., p. 4, note 1. — Elle avait été ébauchée, sans preuves à l'appui cependant, par Merkel, *Appellation*, p. 67 et s. et Lécivain, *Appel des juges-jurés* (dans les *Mélanges d'arch. et d'hist. de l'Ecole de Rome*), 1888, p. 189. — En dehors du texte de Gaius, IV, § 14 où *judex datus* est construit en forme de plus-que-parfait du subjonctif avec l'auxiliaire *esset*, il y a trois textes où les mots *judex datus* au Digeste sont attribuables au juré de l'*ordo* de façon certaine : d'abord Dig. 5.1.18 pr., où Ulpien, dans son livre 23 *ad Edictum* (*Palingen*, n° 707) parle du *judex datus* à propos du titre de l'Edit de *judiciis omnibus* relatif à la procédure par jurés (P.-F. Girard, *Unus Judex*, 14 nov. 1902) ; cette même matière est traitée dans le livre second des *Quaestiones* de Paul, dont un fragment (Dig. 5.1.46 ; *Palingen*, Paul, n° 1284) contient aussi les mots *judex*

Rien n'empêchera donc, si aucune autre particularité ne s'y oppose par ailleurs, de voir sous la désignation *judex datus*, un juré de l'*ordo*, contrairement aux affirmations de Mommsen et de Pernice.

D. — Enfin, on a pensé trouver la preuve positive qu'il n'y avait pas appel des sentences de jurés dans une note de Paul, dans l'abrégé qu'il a donné des *Πρώτα* de Labéon (Dig. 50.16.244).

LABEO, l.IV pithanon a Paulo epitomatorum :

Si qua poena est, multa est ; si qua multa est, poena est.

PAULUS :

Utrumque eorum falsum est. Namque harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque (1) apparet, quod de poena provocatio non est : simul atque

datus considérés comme synonyme de *judex addictus* qui est un terme bien spécial au juré (P.-F. Girard, *ibid.*) ; enfin, le fragment du Digeste 5.1.2.2, emprunté au livre III du commentaire *ad Edictum* où Ulpien étudiait la prorogation de juridiction organisée par la loi Julia pour les *judicia privata* (Lenel, *Palingen.*, Ulpien, n° 212) est certainement relatif au *judex unus*, puisqu'il est prouvé que la phrase centrale *nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita* est une interpolation justinienne, le mot de *jussio* se rencontrant pour la première fois dans les écrits de St-Cyprien, évêque de Carthage, au milieu du III^e siècle ap. J.-C., comme l'a démontré Kalb, *Das Juristen latein*, p. 69. Les mots *judex datus* y visent donc certainement le juré unique. — En ce sens : P.-F. Girard, *Unus judex...* 8 mai 1903, et Koschaker, *Die Translatio judicii* (1905), p. 26, n. 1. — Parmi les auteurs littéraires, il convient de signaler Aulu-Gelle (*Noct. Att.* 20.1.7) qui parle du système de répression organisé par les XII Tables contre le *judex arbiterve datus* convaincu de s'être laissé corrompre.

(1) La présence ici du mot *quoque*, « de même », semble bien rendre vraisemblable qu'une première différence énoncée par Paul a été supprimée par les compilateurs qui n'y voyaient plus d'intérêt. Il est difficile d'imaginer quelle était cette différence.

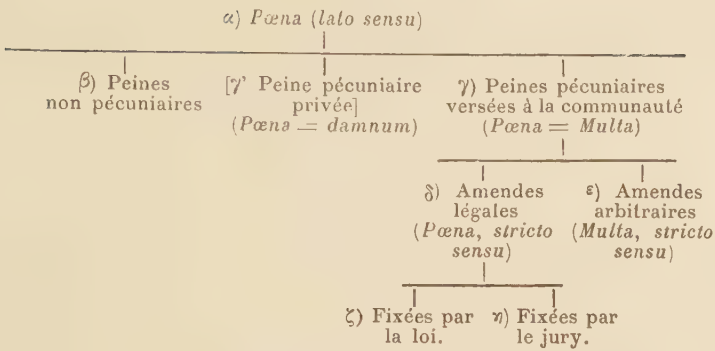
enim victus quis est ejus maleficii, cujus pœna est statuta, statim ea debetur. At multae provocatio est, nec ante debetur quam aut non est provocatum aut provocator victus est : nec aliter quam si is dixit, cui dicere licet. [Ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit] (1), quia pœnae certae singulorum peccatorum sunt, multae contra, quia ejus judicis potestas est, quantam dicat, [nisi cum lege est constitutum quantam dicat] (2) ».

La difficulté d'interprétation de ce fragment tient à la multiplicité des sens qu'offrent les mots « *pœna* » et « *multa* » et, par voie de conséquence, aux divers points de vue d'où l'on peut les mettre en opposition. De ces différents sens, on peut dresser le schéma suivant qui facilitera la compréhension de ces notions délicates, telles qu'on les trouve en général dans les écrits des jurisconsultes, et des non-juristes romains, et dans les monuments législatifs, sans distinction chronologique (3).

(1) Sur l'interpolation très probable de cette phrase, voir plus bas, p. 52, n. 1 *in fine*.

(2) Je tiens cette finale pour l'œuvre des compilateurs, bien que l'admission de cette interpolation ne soit d'aucune utilité pour la thèse soutenue ici. Le sens est absolument complet sans cette petite phrase, qui fait rebondir le texte inutilement. Le cas prévu par elle — amende infligée par un magistrat, mais dont la quotité est fixée par une disposition législative, — rentre dans le premier cas — *poenae certae singulorum peccatorum sunt* — et n'est qu'une exception apparente aux pouvoirs du magistrat de déterminer la quotité de la *multa*... D'autre part, la construction de cette finale est assez embarrassée.

(3) Les lettres grecques placées à côté de chaque sens des mots *poena* et *multa* sont placées dans un ordre arbitraire et n'ont pour but que de rendre plus faciles les renvois que j'en ferai à ce tableau dans le cours de ces explications.



Le terme de « *pœna* » sert ainsi de vocable tout à fait général pour exprimer la notion la plus compréhensive de peine. Dans ce sens — α — on peut l'employer pour tous les cas possibles, que la peine soit corporelle, pécuniaire, ou privative de liberté, autant du moins que cette dernière a pu être pratiquée en droit pénal romain (1). De même du verbe « *punire* » et du verbe « *multare* » (2). Laissant absolument de côté le sens de « condamnation à une peine non pécuniaire » — β —, nous étudierons exclusivement les peines pécuniaires. — Ces peines d'ar-

(1) Ce sens général — α — est particulièrement net, au III^e siècle, chez Ulpien (Dig. 50.16.131.1) *Cum pœna generalis sit omnium delictorum coercitio* (correct. de Mommsen) et chez Modestin (Dig. 49.16.3.1). *Pœnae militum hujusmodi sunt : castigatio, pecuniaria multa*, etc.. Il est déjà connu de Cicéron, qui dit souvent *pœna capitis*, p. ex. *pro Cluentio*, 46.128 et *de Domo*, 17.45. — Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 14 et p. 15, n. 1 [*Strafrecht*, S. 14].

(2) Le verbe *multare* a pris de très bonne heure une largeur que n'a jamais atteint le substantif *multa*. Il a franchi le dernier échelon de la généralisation et est devenu synonyme de *punire* ; on rencontre en effet *morte multare*, *vinculis multare*, dans Cicéron, V, de nombreux exemples dans Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero*, V^o *Multo*. — Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 13, n. 1 [*Strafrecht*, S. 12].

gent, en général et quand on ne cherche point à spécifier, recoivent à volonté le nom de *multae* ou de *pœnae* — γ — (1), cependant, le mot *multa*, dans ce sens où il est plus large, ne désigne que les amendes tombant dans la caisse de la communauté (2). Si l'on pousse plus avant l'analyse de ces concepts juridiques, la synonymie cesse aussitôt. Le mot *multa*, au sens strict et originaire du mot — ε — désigne proprement l'amende de bétail ou d'argent à laquelle le magistrat condamnait, en l'absence de disposition légale, en vertu de ses pouvoirs de coercition policière (3) suivant Mommsen (4). Le mot

(1) Modestin (Dig. 49.16.3.1), *pecuniaria multa*. V. plus haut, p. 41, n. 1. — Ulpien (Dig. 11.4.1.1) appelle *multa*, dans son sens le plus large — γ — une amende fixée par le Sénat — δ —. *Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus... et multam statuit*. Ce sens large de *multa* — γ — est déjà connu de Varron (dans Festus, V^o *Multa*): *Multam... M. Varro ait poenam esse, sed pecuniariam* et employé dans la première moitié du vi^e siècle par l'inscription du bois sacré de Spolète: *a(sses) CCC moltai suntod* (Bruns, *Fontes* (6), I, p. 260). Ulpien (Dig. 50.16.131.1) dit précisément que la *multa* est la peine propre à un fait blâmable, peine pécuniaire de son temps. — Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 15, n. 1 et III, p. 367, n. [Strafrecht, S. 14 et S. 1013]. P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 266, n. 4; Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, p. 284, n. 105.

(2) Le mot *pœna* s'applique à la peine privée — γ' —, comme à la peine publique — γ —; mais le mot *multa* n'est jamais employé que pour l'amende pécuniaire dont profite la cité — γ — V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, pp. 12 à 15 et III [Strafrecht, S. 13-14, et S. 1013]. — Cf. *Lex Municipi Tarentini* (Dessau, *Inscr. lat. select.*, I, p. 500 et P.-F. Girard, *Textes* (3), p. 62), l. 4, *quant(i) ea res erit quadruplum muliae esto*.

(3) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.* [Strafrecht, S. 1012, n. 1]. — Cf. P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 266, n. 3 et Huschke, *Multa und Sacramentum*, p. 2 et s.

(4) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, III, p. 367 [Strafrecht, S. 1013, n. 2 et 3] à propos du mot *multa* considéré comme synonyme de

pæna, par opposition, désigne l'amende légale, — δ —, que son taux soit invariablement fixé en chiffres par la loi — ζ —, ou qu'il soit variable selon l'espèce concrète, soit suivant une proportion déterminée par la loi, en sorte que l'autorité judiciaire n'ait qu'un simple calcul à faire, soit même que la loi ait laissé au juré toute liberté d'appréciation de la quotité à imposer au défendeur, dans certaines limites (*taxatio*) fixées par la *condemnatio* de la formule (*actio injuriarum aestimatoria*) — η —. Ce dernier sens, du mot « *pæna* » — δ —, le plus étroit, est hors de conteste, et le plus ancien de tous (1). Mais il ne faut pas croire qu'il y ait deux catégories de peines fixes, les unes déterminées par la loi, les autres déterminées par le jury saisi de l'affaire, les premières légales, les secondes judiciaires (2) ; il n'y a qu'une espèce de *pæna*,

pæna — δ —. Il fait là, une distinction très nette entre les amendes publiques fixées par une loi ou déterminées par le jury. Mais ces dernières elles-mêmes sont fixées par une loi, en ce sens que celle-ci indique comment le jury devra les calculer. — V. Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 206.

(1) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 13, n. 2 [*Strafrecht*, S. 15] ; il fait remarquer très justement que la fixation, par les XII Tables, de la somme à payer comme composition à raison d'un délit privé, au lieu qu'elle fût abandonnée à l'arbitre, était une innovation à Rome et que cette composition pécuniaire, au lieu de prendre le vieux nom latin de *damnum* prit le nom grec de *ποινή*, *pæna*. Le nom fut nouveau, parce que la chose l'était. Il en résulte que primitivement, le terme de *pæna* excluait l'idée de peine arbitrée par le juge, mais non de peine fixée par lui selon des règles posées par la loi. Cependant, depuis la loi *Æbutia*, il y eut des *pænae* fixées arbitrairement par le juré, au-dessous d'un certain taux indiqué par la formule (action d'injures) ; il n'en reste pas moins que le juré recevait l'autorisation de la loi (l'édit) d'agir de la sorte et qu'ainsi la *pæna* était légale.

(2) Comme semble faire, par exemple, Mommsen, *Dr. pénal rom.*, III, p. 366 [*Strafrecht*, S. 1012] qui distingue des amendes coerci-

dans ce sens étroit du mot : la *pœna* portée dans une loi, ou dans un sénatus-consulte, ou encore dans un édit honoraire autorisé par la loi *Æbutia* (1). — Il est vrai que cette *pœna* légale pourra se trouver absolument fixée en chiffres dans le texte législatif (2), ou être subordonnée à un calcul du jury d'après une base légale (3), ou même n'être, d'après la loi, que la simple réparation du préjudice causé matériel ou moral (4). Mais dans

tives — ε —, les amendes légales — ζ — et les amendes judiciaires — η —.

(1) En ce sens : P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 390, n. 2.

(2) Les peines fixes sont innombrables en droit romain. Comme exemples, on peut prendre les cas suivants : 1° comme amende fixée par une loi au sens strict du mot : *si injuriam faxsit, viginti quinque pœnae sunt*, XII Tables (P.-F. Girard, *Textes* (3), *Tabula VIII*, 4) ; — 2° comme amende fixée par un sénatus-consulte : *Si quis adversus ea commiserit, in singulas res pœna HS dena milia essent*, dans le sénatus-consulte de 743 relatif aux aqueducs (Frontin, § 177 ; P.-F. Girard, *Textes* (3), p. 123) ; — 3° comme amende fixée par un édit du préteur urbain : *Qui adversus ea fecerit, in eum sestertiorum decem milium nummorum in factum judicium dabo*, dans l'édit *ne quis in suggrunda...* (V. Lenel, *Edit perpet.*, I, p. 196).

(3) Exemples : 1° *duplione damnum decidito*, XII Tables (P.-F. Girard, *Textes* (3), *Tabula VIII*, 16 b) et loi municipale de Tarente (Des-sau, *Inscr. latin. select.*, I, p. 500) : *Quant(i) ea res erit quadruplum multae esto* ; — 2° amendes au multiple prononcées par le Sénat : *Si quis..., tum duplam pecuniam... in aerarium inferri...* dans le S.-C. Hosidien (P.-F. Girard, *Textes* (3), p. 124) ; — 3° amendes honoraires à un multiple : *in anno... in quadruplum... judicium dabo*, dans l'édit *de hominibus coactis et vi bonorum raptorum* (Lenel, *Edit perpet.*, II, p. 127).

(4) Exemples : 1° amendes légales, *stricto sensu* : *Quant(i)e(a)r(es)e(rit),t(antam)p(ecuniam)municipibus... d(are)d(amnas)e(sto)* dans la *lex Malacitana*. Cap. LXII ; — 2° pas d'exemple, à ma connaissance, d'amendes au *quant(i) ea res erit* dans les sénatus-consultes ; — 3° amendes au simple très nombreuses dans l'édit du préteur, par exemple : troisième clause de l'édit *de his qui dejecerint vel effuderint* (Lenel, *Edit perpet.*, I, p. 195).

aucune de ces hypothèses il n'y aura place pour un arbitraire tel que celui du magistrat qui inflige une *nulla* en vertu de ses pouvoirs de coercition et sans que la loi lui ait donné la moindre indication pour la fixation du montant de cette amende. — C'est de cette idée qu'aucune *pœna*, au sens strict du mot — δ —, ne pouvait être fixée par une autorité quelconque, magistrat ou jury, en dehors d'une invitation légale, qu'est venu le brocard : *nulla pœna sine lege* (1).

La poursuite aboutissant à la prononciation de ces *poenae* et de ces *multae* s'est faite de diverses manières. Une *nulla*, au sens propre du mot — ε — était toujours prononcée par un magistrat, en vertu de ses pouvoirs coercitifs, après une procédure sans formes, et, à vrai dire, primitivement sans aucune procédure, dès que le

(1) M. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 390, n. 2 considère que cette règle *nulla pœna sine lege* n'est vraie absolument que des délits privés et qu'elle l'est beaucoup moins pour les délits publics, à raison de l'existence de peines arbitraires coercitives — *multae* —. Je crois au contraire la règle absolument vraie dans tous les cas, parce que le mot *pœna* y a visiblement le sens étroit — δ — et n'englobe nullement l'amende arbitraire — ε —. En effet, on ne peut dire que les deux concepts de délit public et d'amende coercitive se recouvrent exactement : il y a des délits publics qui ne sont pas poursuivis par l'arbitraire du magistrat, par exemple, l'homicide poursuivi, après une sentence préparatoire des *Quæstores parricidi*, devant les comices ; il y a en outre de nombreux faits punis arbitrairement par le magistrat et qui ne sont point des délits prévus mais de simples désobéissances à ses ordres : V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 42, n. 2 et p. 45. [*Strafrecht*, S. 38, n. 1. et S. 41] et Pernice, *Labeo*, II (1), p. 16 et 17. — Les délits publics, autant du moins que le droit romain primitif en connut, étaient particulièrement graves (*perduellio*, homicide, etc. — V. P.-F. Girard, *Manuel* (3), p. 393) et étaient réprimés par une *pœna* prononcée par les comices, c'est-à-dire par une véritable loi. Ils n'étaient donc pas soustraits à la règle *nulla pœna sine lege*.

magistrat avait connaissance du fait qu'il considérerait comme reprehensible. Au fond, il n'y avait pas là de procès criminel (1). Au contraire, une *pœna*, également au sens propre du terme — δ —, n'était jamais prononcée que par un juré, après une procédure régulière et en vertu d'une disposition législative expresse, procédure primitivement civile et qui devint peu à peu une procédure publique caractérisée, mi-civile, mi-criminelle : la procédure de l'*ordo judiciorum publicorum*, pour employer le nom dont on la désigna au VII^e et surtout au VIII^e siècle de Rome (2). Plus tard, sous le Principat, en province et à Rome même, il arriva souvent que la procédure sur un délit prévu et puni par une loi se déroulât devant un magistrat ou un fonctionnaire impérial et que celui-ci appliquât lui-même, sans renvoi à des jurés, la *pœna* prévue par cette loi (3). C'est là un point capital à retenir.

(1) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 45 et p. 55 [*Strafrecht*, S. 41, et S. 50].

(2) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 215 et s. [*Strafrecht*, S. 186 fg].

(3) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 282 [*Strafrecht*, S. 242]. Par exemple, l'empereur Septime Sévère punit lui-même des peines de la loi *Cornelia de falsis* un préfet d'Egypte coupable de faux (Dig. 48.10.1.4). Déjà sous Auguste, en 743, le sénatus-consulte sur les aqueducs (Frontin, § 127) avait décidé que la *pœna* du double, qu'il édictait, serait poursuivie devant les *curatores aquarum*, (*qui*) *de ea re judicarent cognoscerentque*. Voilà une *pœna* au sens strict du terme — ζ — qui n'a jamais été poursuivie devant des jurés, puisqu'elle a été créée par le même acte que les fonctionnaires impériaux chargés de l'appliquer *extraordinem*, par voie de *cognitio*. Pernice, *Labes*, II (1), p. 19 et s., a justement remarqué et prouvé par une foule d'exemples que l'exercice extraordinaire de la justice pénale régulière avec *pœnae*, par les magistrats et les fonctionnaires impériaux, avait conduit à employer le mot *coercere* même pour ces peines légales.

Les principes répressifs du droit pénal romain étant ainsi rappelés et précisés, il est plus facile d'apercevoir le sens exact de la note de Paul sur Labéon (Dig. 50.16.244).

Pour montrer toute l'inexactitude de l'assimilation faite par Labéon entre la *pœna* et la *multa*, Paul s'attache à un critérium extérieur : la faculté de faire appel. S'il s'agit d'une *pœna*, elle n'existe pas ; s'il s'agit d'une *multa*, elle existe. Jusqu'ici, pas de difficultés, car c'est ce que dit explicitement Paul lui-même : *de pœna provocatio non est... at multae provocatio est* (1). Mais le ju-

(1) C'est cependant sur ce terrain que Merkel (*Appellation* p. 72 et s.) a essayé de réfuter Mommsen, en s'appuyant sur les conséquences que Paul tire de cette différence au point de vue de l'exigibilité de la *pœna* et de la *multa*. Selon lui, Paul ne dit point qu'il n'y a pas *provocatio* à l'encontre d'une *pœna*, mais seulement que celle-là n'entre pas en ligne de compte au point de vue de l'exigibilité. La somme due comme *pœna* serait due de suite après le jugement, quitte à être remboursée si le juge d'appel était favorable au condamné ; au contraire, la somme due à titre de *multa* ne serait exigible qu'au jour où le condamné renoncerait à l'appel ou serait de nouveau condamné en seconde instance. Merkel rapproche de ce texte de Paul le sénatus-consulte de l'an 56 qui instituait l'appel des *multae* tribunicienes aux consuls et défendait aux *Quaestores aerarii* d'inscrire les individus punis d'une telle amende sur les registres des débiteurs du Trésor avant l'expiration d'un délai de quatre mois, imparti pour appeler aux consuls (Tacite, *Ann.* 13.28). On doit d'abord remarquer que le texte de Paul est général ; que celui de Tacite, spécial aux tribuns de la plèbe, rapporte une mesure de circonstance, et que la *lex Malacitana*, c. LXVI n'ordonne aucunement une telle suspension de l'inscription aux *tabulae commue municipum* au cas d'appel au Sénat municipal. Mais ce qui, à mon sens, est plus grave encore, c'est que l'on ne voit pas la raison juridique qui aurait motivé une telle différence de traitement. Si l'appel est permis à l'encontre d'une *pœna* aussi bien qu'à l'encontre d'une *multa*, pourquoi serait-il suspensif de l'exécution au seul cas de *multa* ? Enfin, la grosse objection à faire à Merkel re-

risconsulte ne fait que constater la différence et en tirer des conséquences touchant l'exigibilité des amendes infligées ; il ne donne pas la raison de cette différence, dans la première phrase du moins, et en apparence. Il semble plutôt pressé de donner un autre critérium : « les *pœnae* sont déterminées et fixées pour chaque délit, tandis que les *multae* ne le sont pas, le magistrat qui les inflige ayant le pouvoir d'en déterminer la quotité ».

Pour expliquer la première différence entre la *pœna* et la *multa*, Mommsen fait intervenir une idée de compétence. Les *multae* sont susceptibles d'appel, parce qu'elles sont prononcées par de simples décrets des magistrats ; les *pœnae* ne sont pas susceptibles d'appel parce qu'elles sont contenues dans des sentences de jurés (1). Pour que cette assertion de Mommsen fut vraie, il faudrait que deux choses fussent prouvées : d'abord que les mots *pœna* et *multa* comportent une opposition essentielle au

pose sur sa façon de traduire le texte. Jamais la phrase « *de pœna provocatio non est* » ne pourra se rendre par : « en matière de *pœna*, la *provocatio* n'entre pas en considération ». Aucun lexique ne donne un tel sens à l'auxiliaire « *sum* » ; celui-ci veut dire « exister » tout simplement ; c'est pourquoi je me rallie, à ce point de vue du moins, à l'interprétation de Mommsen, bien que l'explication de Merkel ait séduit et entraîné Hartmann et Ubbelohde, *Ordo iudiciorum*, p. 526. — Les développements consacrés par Bruns, *Die römischen Popularklagen* (*Zeitschr. f. R. G.*, III, p. 349 et s., et *Kleinere Schriften*, I, p. 350, 323 et 328), à la *pœna* et la *multa* sont très vieillis, depuis les travaux de Huschke, *Multa und Sacramentum* et de Mommsen.

(1) Les seuls passages où Mommsen ait un peu développé sa pensée sur ce texte sont : *Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1, et *Dr. pénal rom.*, I, p. 60-61 et n. 1 [*Strafrecht*, S. 54]. — Cf. *id.* II, p. 156, n. 1 [*Strafrecht*, S. 470]. — Pernice s'exprime à peu près de même, *La beo*, II (1), p. 18 : « seule une *Questio* peut prononcer une *pœna*, selon Paul. »

point de vue de la compétence ; ensuite que cette différence de compétence est dans une relation de cause à effet, et pas seulement de concomitance, avec la différence du traitement au point de vue de l'appel.

Pour ce qui est de la première proposition, l'étude faite précédemment des divers sens des mots *pœna* et *multa* a montré qu'il n'y avait pas d'opposition essentielle entre eux au point de vue compétence. La *pœna* est fixée ou autorisée par une loi ; la *multa* est arbitrairement infligée par le magistrat ; telle est la seule opposition de nature. Accessoirement, sous la République, les *pœnae* étaient bien en effet prononcées d'ordinaire par des jurys ou par le peuple tandis que les *multae* étaient arbitrées par les magistrats, mais ce n'était point là une différence tenant à la nature même de la *pœna* ; on le vit bien dès le début du Principat, où de véritables *pœnae* légales furent infligées par le magistrat lui-même (1). En admettant donc une minute qu'il y ait eu une opposition sur le terrain où Mommsen en voyait une, elle avait en tous cas disparu dès le début du Principat et Paul ne pouvait pas, en humeur de faire de l'archéologie juridique, opposer à Labéon une différence qui avait cessé d'exister du temps même de celui-ci. Tout ce qu'a pu faire Paul, ç'a été de reprendre le langage imprécis de Labéon, qui employait les mots *pœna* et *multa* dans leur sens large de « peine pécuniaire », en faisant observer que la *pœna* est l'œuvre de la loi, tandis que la *multa* est l'œuvre du magistrat. — Cette différence là, du moins, subsistait encore du temps de Paul et même au Bas-Empire,

(1) V. plus haut, p. 46 et n. 3.

ce qui explique l'insertion du fragment au titre « *de verborum significatione* » (1).

En second lieu, Mommsen aurait aussi dû prouver que la *pœna* était sans appel *parce que* elle était prononcée par un jury. On concevrait fort bien en effet que, les sentences de jurés étant en règle générale susceptibles d'appel, celles qui prononceraient une *pœna* ne le fussent pas, pour une raison quelconque. Au lieu d'établir ce point indispensable, Mommsen tourne dans ce cercle vicieux : l'appel des jurés n'existe pas *parce que* la *pœna* est sans appel (2) ; la *pœna* est sans appel *parce qu'elle* est prononcée par un juré (3).

Il faut enfin remarquer que si Paul avait eu en vue un critérium basé sur l'impossibilité de faire appel d'une sentence prononcée par un jury, il s'en serait probablement exprimé plus clairement. Mais à vrai dire il n'y a pas songé.

(1) Il est au contraire impossible que Justinien ait fait insérer au titre *de verborum significatione* un fragment tel que le 244, si celui-ci donnait comme caractéristique des deux termes qu'il s'agissait de définir, une différence de procédure telle que l'appel, différence disparue depuis trois siècles que s'est généralisée la procédure extraordinaire. Mommsen a senti que cette objection pouvait lui être faite, (*Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1, *in fine*). Il tente de l'éluder en disant que l'archaïsme du texte (dans son système) n'est pas un obstacle, car bien d'autres textes du Digeste ne sont plus en accord avec le droit byzantin du vi^e siècle. — Ce serait peut-être en effet une excuse si notre texte s'était glissé dans un développement sur une institution et s'il avait échappé aux yeux des compilateurs ; mais que ceux-ci aient été le chercher tout exprès pour opposer deux mots à l'aide d'une différence oubliée depuis trois siècles et qu'ils l'aient précieusement enchassé au titre *de verborum significatione*, c'est d'une invraisemblance sans bornes.

(2) Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1.

(3) Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 60, n. 1 [*Strafrecht*, S. 54].

La seule opposition possible de son temps, entre la *pœna* et la *multa*, en prenant ces mots dans leurs sens techniques, se rencontrait dans leur base légale ou arbitraire, avons-nous vu. C'est donc la seule que Paul pouvait mettre en lumière, comme c'est aussi celle-là seule à laquelle avait recours Ulpien (1). Cette opposition suffit d'ailleurs pour expliquer que la *pœna* ne fut pas susceptible d'appel, tandis que la *multa* l'était. En effet, puisque la *pœna* était déterminée ou permise par la loi, qu'elle fut égale au préjudice moral ou matériel causé, qu'elle le fut à un multiple de ce préjudice ou qu'elle fut invariablement fixée à une certaine somme, du moment que le juge, juré ou magistrat statuant *extraordinem*, avait reconnu la culpabilité et y avait appliqué la *pœna* prévue par la loi, comment aurait-on pu faire appel de cette *pœna*? Au contraire, on conçoit fort bien un appel dirigé contre une *multa* arbitrée par le magistrat, puisqu'aucune loi n'avait fixé directement ou indirectement cette quotité.

Et c'est tout ce qu'il est strictement permis de conclure du texte même de Paul : l'appel est interdit de la quotité de la *pœna* parce qu'elle résulte d'une loi (2). Le texte ne

(1) Ulpien (Dig. 50.16.131.1). — Le sens du fragment dans son entier est très clair et incontesté. Il n'y a que quelques difficultés philologiques secondaires. La correction proposée par Mommsen est généralement adoptée et satisfaisante. Quant à la correction considérée comme indispensable, par Huschke (*Multa und Sacramentum*, p. 2), qui lit.. *specialis peccati (alicujus), ejus animadversio hodie...* elle m'a été déclarée philologiquement peu vraisemblable, par M. le professeur P. Krüger.

(2) C'est sans doute en vertu du même raisonnement que, dans une constitution des empereurs Dioclétien et Maximin (Code Just., 9.47.15), il est interdit au gouverneur de province de revenir sur la *pœna* qu'il a infligée dans une sentence : *Pœnam sua dictam sententia praesidi provinciae revocare non licet*. Cela ne veut évidemment pas

dit rien de plus. C'est forcer et fausser sa signification que dire qu'il prouve l'absence d'appel des jurés.

C'est ainsi qu'une étude minutieuse des différences de *lapœna* et de la *multa* amène à reprendre l'explication que donnaient de ce texte les anciens auteurs. L'appel est impossible de la quotité de la *pœna*, mais parfaitement possible de la sentence de culpabilité elle-même (2).

dire que le *præses* ne peut pas modifier la sentence, en ce qui touche la culpabilité, mais seulement en ce qui concerne la quotité de de la *pœna*, une fois la culpabilité admise.

(1) Cette explication est donnée par Cujas *Ad libros... Decretalium Gregorii IX* (Lib. II, tit. XXVIII, cap. III). *Opera*, éd. de Naples, 1725, t. VI, col. 933 C. « Monachi qui appellanti ab ea castigatione, a regula ipsa, et ordine institutionis appellare videntur ; quod non licet. Cur a pœna legitima non licet appellare ? — Dig., 50.16.244. Nimirum quia appellare hoc est a lege ipsa. Cicero, in praetura urbana, in Verrem : *lex est*, inquit, *pœna est*, qui ad eum quid jus dicit ? Similis est ratio hujus cap. appellatio comparata est juris publici tuendi, non infringendi gratia. » — De même, développements sur le caractère définitif d'une *pœna* prononcée conformément à une loi : *Opera*, t. IV, col. 848 et 849 ; t. IX, col. 188 C et col. 1143 C. ; t. X, col. 794 B. — Cf. Index du tome XI, V° *Pœna*. La doctrine soutenue par Cujas en cette matière et à propos du droit canonique répressif est peut-être celle que l'Eglise soutint toujours, de tradition ; dans ce cas, ce serait une dernière lueur des interprétations romaines elles-mêmes, sur le fragment de Paul, qui nous serait parvenue dans Cujas. — On pourrait voir un argument en faveur de la continuité de la doctrine sur ce point dans la glose analogue rapportée par Accurse au XIII^e siècle (*Digestum nov.*, p. 1866, éd. de Lyon, 1612). *Id.* dans Pothier, *Pandectae in nov. ord. Digestae*, 50.16. V° *Fraus* (t. III, p. 660, note *i* de l'édition de Lyon, 1782) et dans Platner, *Quaestiones historicae* (1836), p. 64. — Cette ancienne interprétation est encore admise comme pleinement satisfaisante par Huschke, *Multa und Sacramentum*, p. 104, n. 268. « Paulus will damit nicht sagen, dass gegen Urtheile in *judiciis publicis* keine Provocation gelte, sondern dass diese da eben nicht gegen die vom Gesetz bestimmte *pœna* sondern nur gegen das *fecisse videri* des Urtheils gehe... » — Merkel, *Appellation*, p. 73, repousse cette explication parce que,

Paul ne dit pas en effet qu'on ne peut pas appeler *a sententia*, c'est-à-dire de la sentence portant une *pœna* ; il dit *a pœna*, c'est-à-dire de la peine elle-même (1). Ainsi donc, il n'était pas impossible qu'un individu condamné par une *Quaestio* combattit la sentence qui le déclarait coupable. Mais s'il reconnaissait le bien-fondé de la condamnation, il ne pouvait pas faire appel pour obtenir une diminution de la peine attachée par la loi elle-même au crime dont il s'avouait implicitement coupable (2).

selon lui, Paul n'aborde la différenciation de la *pœna* et de la *multa* à l'aide du caractère légal ou arbitraire que dans la seconde phrase du fragment 244. Mais il est visible que sous couleur de donner une seconde différence, Paul ne fait que donner les motifs juridiques de la première. Au surplus, il est même probable que cette finale a été remaniée par les compilateurs désireux de mettre plus de clarté dans la phrase de Paul ; l'expression *apparere ex hoc, quia...* au lieu de *ex hoc, quod* comme dans la première phrase est d'une latinité très inférieure ; *quia*, dans le sens de *quod* est en effet un néologisme qui ne se rencontre pas avant Servius et St Jérôme au v^e siècle J.-C., suivant Quicherat. Il y en a bien, au Digeste même, un exemple remontant au II^e siècle, dans une lettre rapportée par Cervidius Scaevola (Dig. 44.7.61.1). Mais c'est une lettre familière et de mauvais latin, comme fait remarquer Heumann (*Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechtes*, p. 486 (9^e éd., par Seckel). Je suis donc assez porté à supprimer le membre de phrase : *ex hoc quoque... poterit*, en sorte que la fin du texte apparaît comme la raison juridique de la différence extérieure de procédure, signalée en débutant. Voir le texte plus haut, avec les [].

(1) Le fragment 244 est le seul au Digeste qui dise *appellare a pœna*, V : *Vocabularium*, V^o *Adpellatio* et V^o *Provocatio* (inédit, v. plus bas, appendice I). L'expression consacrée est « *a sententia* ».

(2) C'est ainsi, je crois, qu'il faut entendre cette prétendue théorie de l'« aveu », empêchement à la *provocatio* d'une *pœna* et non d'une *multa*, théorie qui se retrouve dans Accurse et dans Pothier comme dans Cujas. Ces derniers n'ont pas visé l'aveu fait au cours de l'instance, mais celui qui résultait d'une acceptation de la sentence de condamnation et d'un appel portant seulement sur le taux de la peine infligée. C'est peut-être pour n'avoir pas assez considéré

L'argument de texte donné par Mommsen ne peut donc pas arrêter dès l'abord toute recherche postérieure en donnant la preuve négative que l'appel n'a jamais existé à l'encontre des sentences de jurés.

On ne doit pas non plus s'arrêter à un fragment du jurisconsulte Celsus (Dig. 42.1.14), extrait du livre 25 de ses *Digesta*, et ainsi conçu :

« Quod jussit veluitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet ; de sententiis contra. »

Bien qu'il n'ait été utilisé par aucun des romanistes qui ont nié l'existence de l'appel dans la procédure de l'*ordo judiciorum*, ce texte pourrait sembler confirmer leurs vues. Cependant, il n'en est rien. Il n'a en effet aucune portée générale, ni aucun sens précis. C'est une simple phrase de transition par laquelle Celsus passait de l'étude de la rubrique de l'édit de *sententia in duplum revocanda* à celle de la rubrique de *Interdictis* (2). Celsus opposait la facilité avec laquelle on pouvait obtenir la cassation d'un décret du préteur en général — en matière d'interdits notamment, — à la difficulté et aux risques de l'instance en cassation offensive dirigée contre une sentence, le *judicium judicatum sit nec ne*, dont il venait de s'occuper. Il ne faudrait pas tenter de lui donner un sens plus important ; on ne tarderait pas, en effet, à s'apercevoir que cette affirmation de Celsus ne cadre pas avec l'existence des *Restitutiones in integrum*, par exemple.

En somme, cet argument, pas plus que les autres, n'est de nature à couper court à toute discussion.

cette distinction que Mommsen (*Dr. public rom.*, V, p. 271, n. 1, *in fine*) considère l'explication de Cujas, avec son prétendu aveu sous-entendu, comme « sous tous les rapports inadmissible », ce qui demanderait à être prouvé, du reste.

(1) Voir Lenel, *Paling.* Celsus, n° 205.

LES PREUVES DE L'EXISTENCE DE L'APPEL

Nous venons de voir dans les développements précédents qu'il n'y avait pas de raisons sérieuses pour nier absolument la possibilité de faire appel de la sentence rendue par un juré, pour la période du Principat. Le doute, pour le moins, est donc la seule attitude qu'il convienne de conserver en face de ce problème et nous avons remarqué que nombre d'interprètes modernes s'y tiennent (1).

Nous devons maintenant pousser plus loin nos recherches et voir si, après un dépouillement complet des sources connues et parlant d'appel (2), il s'en trouve qui ne peuvent certainement pas se rapporter à la procédure des *cognitioes extraordinariæ*. — Nous avons acquis la conviction très vive qu'à côté d'un grand nombre de textes dont l'attribution est douteuse ; il y en a quelques-uns qui décèlent clairement la procédure ordinaire, au moins d'après ce que l'on sait aujourd'hui de la procédure romaine. Nous les étudierons à propos de chaque jury compétent *in judicio*, réservant pour les chapitres suivants, où nous examinerons quelle fut la base et l'histoire de l'appel des jurés sous le Principat, ceux

(1) Voir Introduction bibliographique.

(2) Pour les sources juridiques du Digeste, en dehors des treize premiers titres du livre 49, consacrés à l'appel et où les textes sont faciles à consulter, voir l'appendice I.

qui, tout en étant aussi probants, sont trop généraux pour se rapporter à l'une quelconque des catégories de jurés ou qui n'ajouteraient aucune preuve de plus au raisonnement.

Les preuves seront donc examinées distributivement, en ce qui concerne :

- A. Les *Quaestiones perpetuæ*.
- B. Le Tribunal des Centumvirs.
- C. Les Collèges de Récupérateurs.
- D. L'*Unus Judex*.

A. — Les « *Quaestiones perpetuae* ».

Les *Quaestiones*, chargées de juger, sous le Principat, certaines catégories d'affaires délictuelles particulièrement graves mais non capitales, ont toutes été créées par des lois aux VII^e et VIII^e siècles de Rome. Après une courte évolution, elles ont acquis le caractère très net de cours criminelles souveraines, jugeant au nom du peuple, à la place des comices anciennement compétents. Cette restriction des pouvoirs de juridiction du peuple, nécessitée par l'accroissement — monstrueux au point de vue de la constitution — de la population urbaine, allait d'ailleurs sans nul doute à l'encontre des convictions intimes des Romains d'alors (1). Le recrutement de chaque jury

(1) En ce sens : Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 233-235 [*Strafr.* S. 201, f.]. On pourrait objecter à cette idée que c'est justement un tribun du peuple, L. Calpurnius Piso Frugi et un plebiscite de 605 U. C. qui créèrent la première *Quaestio*, la *Quaestio repetundarum*, selon Cicéron, *Brutus*, 27, 106. Mais cette première *Quaestio* n'avait aucun caractère criminel à l'origine et remplaçait non pas les comices, mais l'*unus judex* ou les récupérateurs. — Ce qui au surplus favorise singulièrement l'hypothèse de Mommsen, ce sont les deux essais,

chargé de statuer sur une affaire concrète avait beau offrir le maximum de garanties d'impartialité, le peuple ne s'en sentait pas moins dépossédé d'une des prérogatives les plus jalousement gardées jusqu'alors, et dépossédé par la réaction aristocratique de Sulla.

Le jury d'une affaire déterminée était nommé par la combinaison du tirage au sort dans la liste générale des juges inscrits sur l'album et d'un système complexe de propositions du demandeur (*editiones*) et de récusations du défendeur (*rejectiones*) (1). Par ce mode de recrutement des jurés, la procédure du *judicium publicum* se distinguait à un premier point de vue de la procédure suivie, hors de Rome, et à Rome même de plus en plus à partir du ^{II}e siècle de l'ère chrétienne, devant un magistrat ou un fonctionnaire impérial, statuant *extra ordinem*. Ce dernier était compétent, soit personnellement, soit territorialement, soit à raison du genre de délit commis, mais sa détermination ne résultait à aucun degré du sort ni de la volonté des parties.

α) Sur la base de cette antithèse entre les deux procédures, nous pouvons relever dans les textes un premier indice — assez incertain, il est vrai — dans le sens de la possibilité d'appeler de la sentence d'une *Quaestio* criminelle, la *Quaestio de adulteriis*. Au livre II de son ouvrage *Ad legem Juliam de adulteriis*, Ulpien (Dig. 48.5. 18 (17) 6, *in fine*) se pose la question suivante :

Quid enim si adulter inimicitiis oppressus est
vel falsis argumentis testibusque subornatis apud

démocratiques des Gracques et de Marc-Antoine pour rendre compétence aux comices en instituant l'appel au peuple (V. *suprà*, p. 22).

(1) Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 247 et s. [*Strafr. S.* 213, f.].

praesidem gravatus, qui aut noluit aut non potuit provocare, mulier vero judicem religiosum sortita pudicitiam suam defendet ?

Le texte suppose deux poursuites parallèles en vertu de la loi *Julia de adulteriis*, l'une contre la femme adultère, l'autre contre son complice. Le texte suppose fausse l'accusation. Le prétendu complice succombe néanmoins sous le poids de faux témoignages et d'injustices diverses et ne fait pas appel, soit qu'il ne veuille pas, soit qu'il ne puisse pas. La femme, elle, devant un juge plus consciencieux a réussi à faire éclater son innocence. Que va-t-il advenir de ce conflit ? Telle est l'hypothèse d'Ulpien. Il semble bien que la seconde action soit exercée devant la *Quaestio de adulteriis*, donc à Rome, comme l'indique l'allusion faite au tirage au sort du juge (1). Il est également presque certain que la première action, celle exercée contre le complice, se déroule devant la même *Quaestio*. L'opposition faite par Ulpien entre les juges tirés au sort par les deux accusés ne prend tout son relief que si l'on admet cette façon de voir. Au surplus, on conçoit difficilement que dans un ouvrage général Ulpien ait supposé, sans mieux les différencier, une des actions s'exerçant devant un tribunal et l'autre devant un autre (2). La vraisemblance est donc ici en faveur de la

(1) En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*, Paris, 30 mars 1903. — Dans ce texte, l'expression *judicem religiosum sortita* ne peut être traduite par l'expression vague « étant tombée sur un juge intègre ». Ulpien n'a pu avoir en vue ce sens vague dans cette phrase où le lecteur aurait pu attribuer au mot un sens précis très différent. — Le sens précis est donc seul admissible ici.

(2) La seule raison sérieuse de douter pourrait être la phrase *apud praesidem gravatus*... On pourrait penser à traduire *praeses* par : gou-

faculté d'appeler, devant les *Quaestiones*, puisque le texte parle d'un appel qu'aurait pu exercer le complice.

β) A côté de ce premier indice, on peut en relever un second beaucoup plus significatif, tiré de la différence des sanctions en matière de *tergiversatio*. L'abandon injustifié des poursuites intentées par un particulier contre un autre devant une *Quaestio* exposait l'accusateur aux peines portées par le sénatus-consulte Turpillien, de l'an 61 après J.-C. (1). Dans les cas où la procédure criminelle était également mise en mouvement par une accusation émanant d'un particulier, mais devant les tribunaux extraordinaires, le *tergiversator* n'était pas exposé, en cas de désistement injustifié, aux peines du sénatus-consulte Turpillien. Il était simplement puni par le magistrat saisi, *extraordinem*, de peines variables suivant les cas (2). Or, il y a un texte qui suppose expli-

verneur de province. Mais ce sens n'est pas le seul possible. En effet, le préteur préposé à la présidence d'une *Quaestio*, ou le *quaesitor* pris parmi les jurés pour les présider en remplacement du préteur, peuvent fort bien être désignés par ce mot *praeses* ; cela est conforme à la terminologie ordinaire : Cicéron, *Pro S. Roscio*, 30.85 ; Ulpien, Dig. 48.8.1 pr., *publico judicio praesesse*. — Le rôle joué par le *praeses* d'une *Quaestio* sous le Principat, dans l'administration de la preuve, vient confirmer cette façon de voir. Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 100, n. 3 [*Strafr.* S. 422]. Cf. le rôle du préteur dans Capitolin, *Vita Marci Ant.*, 24 ; *infra*, p. 61, n. 2.

(1) Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 189, et n. 2. [*Strafr.* S. 498-499].

(2) En ce sens, Mommsen, *Dr. pénal rom.* II, p. 191 et s. [*Strafr.* S. 501]. Parmi les nombreux textes cités par cet auteur, deux sont particulièrement significatifs : 1° Ulpien, Dig. 48.16.7.1, dit que le sénatus-consulte Turpillien est inapplicable aux *tergiversatores* qui ont intenté les deux *persecutiones extraordinem* de stellionat et de *crimen expilatas hereditatis* (Cf. Dig. 47.20.1 et 47.19.1). [Quant aux cas de vol et d'injure, ils sont peut-être le résultat d'une addition

citement l'application des peines du sénatus-consulte Turpillien et qui élucide une question relative à l'appel. Ce texte, emprunté à la monographie de Marcien, *Ad Senatus-Consultum Turpillianum*, est inséré au Digeste, 48.16.1.14.

Reus condemnatus provocavit ; deinde accusator destitit : an in hoc senatusconsulto incidit ? Prope est ut incidisse videatur, quia provocationis remedio condemnationis extinguitur pronuntiatio (1).

L'accusateur qui a réussi à faire condamner quelqu'un et qui ne poursuit pas son accusation si le condamné a recours à l'appel, est-il passible de poursuites en vertu du sénatus-consulte Turpillien ? Cette question même, que se pose Marcien, nous révèle l'existence d'un appel possible des *Quaestiones*, puisque le sénatus-consulte était inapplicable au cas où l'accusation avait été poursuivie et abandonnée par le *tergiversator* devant un magistrat statuant *extraordinem* (2). Nous saisissons ici,

des compilateurs]. — 2^o Macer (Dig. 48.16.15.1) dit formellement : *An ad eos qui hodie de judiciis publicis extraordinem cognoscunt senatus consultum pertineat quaeritur : sed jam hoc jure ex sacris constitutionibus utimur ut pertineat ita ex singulis causis singulae pœnae irrogentur*. Cf. 48.16.1.14, pour le *crimen suspecti tutoris*.

(1) Lenel, *Paling.*, Marcianus, n^o 287.

(2) Il est bien évident que vers la fin du Principat, les *tergiversatores* agissant devant les magistrats *extraordinem* se virent appliquer les peines du sénatus-consulte Turpillien ; la survivance au Digeste et au Code d'une rubrique portant ce nom en est une preuve suffisante. Mais le premier texte, à ma connaissance, qui applique le sénatus-consulte Turpillien au cas d'*accusatio extraordinem*, est une constitution de Dioclétien et Maximien, de 294 (*Code Just.* 9.45.5). Au cours du III^e siècle, et surtout au commencement, à l'époque où Marcien écrit, la distinction admise par Mommsen (voir *suprà*, p. 59) est encore pleinement appliquée en procédure pénale.

incidemment, dans un texte qui n'a pas éveillé l'attention des compilateurs comme se rapportant trop ouvertement à la procédure des *judicia ordinaria*, une allusion à l'appel des sentences rendues par les *Quaestiones* criminelles sous le Principat.

γ) Enfin, outre ces indices, il y a une preuve. Dion Cassius, qui écrit ses Histoires sous Alexandre Sévère au plus tard, met dans la bouche de Mécène, s'adressant à Auguste, un discours plein de sages conseils politiques. Entre autres soins, le Prince devra veiller à ce que le *Praefectus Urbi* soit juge d'appel des sentences prononcées par les *Quaestiones* (Dion Cassius, 52.21).

« ... ἵνα... ὁ πολίταρχος... τὰς δίκας τὰς τε παρὰ πάντων, ὧν εἶπον, ἀρχόντων (1) ἐφεσίμους τε καὶ ἀναπομπίμους... κρίνῃ ».

Ce renseignement, même si l'on ne le prend pas pour vrai du temps d'Auguste, nous fait connaître du moins l'état du droit à l'époque des grands jurisconsultes, de Paul en particulier, et rend impossible l'explication que certains donnent de sa note sur les *Πιθάνα* de Labéon, puisque l'appel des *Quaestiones* existait manifestement au moment où il écrivait (2).

(1) ... ἀρχόντων, c'est-à-dire les préteurs présidents de *Quaestiones* criminelles, dont Dion vient de parler dans le § 20.

(2) Je ferai remarquer en passant combien singulière est l'attitude de Mommsen en face de ce texte. Il le rencontre, entre autres fois, dans son *Dr. pénal rom.*, I, p. 256, n. 3 [*Strafrecht*, S. 220] où il reconnaît parfaitement qu'il prouve l'appel de ces *Quaestiones* au moins pour le temps des Sévères et même peut-être pour le temps des premiers Césars. Cependant, sans insister sur tout ce qu'un pareil témoignage a de gênant pour sa célèbre affirmation, il persiste à rééditer celle-ci en plusieurs endroits encore, par exemple : *Dr. pénal rom.* I, p. 324 et n. 1 [*Strafrecht*, S. 277], et II, p. 155-156 et n. 1 [S. 470] où le texte de Dion n'est même pas mentionné. — Je ne

B. — Le Tribunal des Centumvirs.

Il est difficile de déterminer de façon très nette le caractère de ce tribunal. Ses membres ne sont-ils que des *judices privati* ne différant que par le nombre et par certaines règles de procédure du *judex unus* ordinairement compétent ? Est-ce au contraire un tribunal d'Etat n'ayant rien de commun avec le juge privé unique ? Ce dernier point de vue (1) est, sinon complètement inexact, du moins très exagéré à deux points de vue. D'abord, pour envisager le tribunal des Centumvirs sous cet

crois pas qu'on puisse voir une autre preuve aussi certaine, de cet appel dans un texte de Capitolin, *Vita Marci Ant.* 24, comme fait Ubbelohde dans : Hartmann, *Ordo Judiciorum*, p. 421, n. 9b. Ce texte s'exprime ainsi : *Capitales causas hominum honestorum ipse (M. Ant.) cognovit, et quidem summa aequitate, ita ut praetorem reprehenderet, qui cito reorum causas audierat, juberetque illum iterum cognoscere, dignitatis eorum interesse dicens, ut ab eo audirentur qui pro populo judicaret.* Ce texte se rapporte certainement aux jurys criminels, comme remarquent Ubbelohde (*loc. cit.*), et Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 256, n. 3 et II, p. 168, n. 4 [*Strafr. S.* 220 et 481] ; les mots *praetor* et *pro populo judicare* sont en effet techniques. Mais je ne saurais dire avec Ubbelohde que la louange décernée à Marc-Aurèle pour avoir renvoyé devant la même *Quaestio* un condamné se plaignant de trop de hâte dans l'instruction de son cas, prouve que les prédécesseurs de cet empereur, au lieu de renvoyer, statuaient par eux-mêmes. Ce texte prouve seulement que l'empereur intervenait, dans une mesure difficile à déterminer et peut-être variable, quand on le saisissait d'une sentence de jurés. Il ne prouverait même absolument rien de positif, à lui seul, à raison des incertitudes qu'il soulève (V. Mommsen, *loc. cit.*), s'il n'était encadré de textes plus significatifs.

(1) Soutenu par Wlassak, V. *Centumviri* (Pauly-Wissowa, III, p. 1936) ; id. *Röm. Prozessgesetz*, II, p. 197, n. 18. — *Contra* : O. Martin, *Le Tribunal des Centumvirs* (Thèse, Paris, 1904), p. 107, n. 2 et p. 129 à 133.

angle, il faut repousser le *Judex unus* hors des juridictions d'Etat, l'assimiler presque complètement à l'arbitre qui tient tous ses pouvoirs des parties, et admettre que c'est à peine si le magistrat *qui dat judicem* fait autre chose que lui donner son agrément ; il faut en second lieu fausser sensiblement le sens de l'opposition que font certains textes entre les *judicia centumviralia* et les *judicia privata* (1). Or, il est indéniable que le juge unique remplit une fonction d'Etat, un *munus publicum* et que sa situation est bien plus officielle que celle d'un simple *arbiter ex compromisso* (2). D'autre part, il est facile d'expliquer l'habitude de langage qui oppose les *judicia centumviralia* aux *judicia privata* par des raisons historiques. En effet, les premiers procès que l'on enleva à l'*unus judex* au commencement du VII^e siècle de Rome furent opposés, dans la langue courante, à ceux qui restaient de sa compétence ; pour ces derniers, on conserva le terme de *judicia privata* au sens strict du mot ; pour les premiers, on n'en vint pas tout de suite à les appeler *judicia publica* (3). Cela suffit pour expliquer l'opposition faite par certains auteurs anciens, notamment par Cicéron (4) ; le tribunal des Centumvirs resta ce qu'il avait été dès son début : un grand jury d'exception, opposé en souvenir de

(1) Cicéron, dans le *de Oratore*, 1.59, oppose nettement le § 177 (*centumvirale judicium*) au § 178 (*judicium privatum*). De même, Ovide, *Trist.* 2, vers 93 à 95 : ...*Lis decem decies inspicienda viris ; res quoque privatas* et Pline le Jeune, *Epist.* 6.33.9 : ... *Ut repente in privati judicii formam centumvirale vertatur*.

(2) V. Paul (Dig. 5.1.12.2) et Julien (Dig. 5.1.27).

(3) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 220, n. 4.

(4) Le *de Oratore* n'est en effet guère postérieur que de 50 ans à la création des grands jurys.

ses origines au *judex privatus* ; les *Quaestiones perpetuae*, au contraire, se différencièrent de plus en plus du *judicium privatum* et finirent par revêtir l'aspect de véritables cours criminelles, *judicia publica*. Le jour où Auguste réforma l'organisation judiciaire et la procédure, il le fit par les *leges Juliae judiciorum privatorum* et *judiciorum publicorum*, en opposant ces termes anciens dans un nouvel ordre d'idées : les procès civils aux procès criminels. Or, c'est seulement dans la partie de la *Lex Julia* consacrée aux procès civils qu'il pouvait être question du tribunal des Centumvirs (1). La terminologie trompeuse des auteurs du Principat est ainsi éclairée ; ils ont conservé l'habitude commode de parler de *judicium privatum* quand ils veulent, non plus opposer, comme autrefois, les Centumvirs à l'*unus judex* et aux récupérateurs, mais seulement les en distinguer.

Les Centumvirs sont donc bien des *judices privati* au sens large (2), mais leur origine les rapproche un peu des grands tribunaux et les place au-dessus de l'*unus judex* et des récupérateurs.

Cette situation intermédiaire et à part est cause que certains auteurs modernes (3) ont résolu le problème

(1) C'est ce que remarque Wlassak lui-même, *Röm. Processgesetze*, I, p. 177. — Cf. Voigt, *Ueber die Leges Juliae*

(2) On pourrait également arguer de ce fait très probable que les Centumvirs étaient pris sur la même liste de *judices selecti* que les jurés uniques. V. plus bas, p. 113, n. 2.

(3) V. Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 272, n. 1 ; Merkel, *Appellation*, p. 70 et s. ; Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 526 ; Kipp, *V^o Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 199) ; Wlassak, *Röm. Processgesetze*, I, p. 218 ; Wlassak, *V^o Centumviri* (Pauly-Wissowa, III, p. 1949) ; O. Martin, *Trib. des Centumvirs*, p. 122 ; Eisele, *Zur Querela inofficiosi testamenti* (Z. Sav. Stift., XV, 1894), p. 276 et s. ; C. Chabrun, *Essai sur la Querela inofficiosi testamenti* (Thèse,

de l'appel des sentences centumvirales sous le Principat sans se préoccuper de principes généraux applicables à tous les jurés. Il leur semblait anormal, non sans raison, qu'une telle juridiction présentât des inconvénients aussi graves sans avoir été soumis, tôt ou tard, au correctif qu'est l'appel. En effet, les Centumvirs étaient irresponsables et ne pouvaient être poursuivis par le plaideur injustement condamné au moyen de cette action *si judex litem suam fecerit* qui maintenait le *judex unus* dans le devoir (1). Ils étaient célèbres pour leur façon de violer ouvertement la loi sous prétexte d'équité, comme faisaient sous la République les comices jugeant au criminel et les *Quaestiones perpetuae* (2). — En outre c'est la juridiction sur l'appel de laquelle on croyait avoir le plus de renseignements concrets, celle par conséquent où l'on était le plus naturellement amené à prendre parti, en particulier en étudiant les questions d'hérédité.

α) — Tous les textes intéressants au point de vue de l'appel forment un groupe compact qui a trait à l'hypothèse d'une fraude commise par l'héritier institué qui s'estime trop lourdement grevé de legs d'argent ou de liberté et cherche à s'en débarrasser. Pour parvenir à faire tomber ces legs, il n'y avait d'autre moyen que de faire tomber le testament lui-même. Mais alors, l'héritier inscrit aurait tout perdu, ce qui dépassait évidemment son but. Aussi recourait-il à l'obligeance d'un parent peu scru-

Paris, 1906), p. 423 à 431 ; R. Samter, *Scaevola's Digesten und Responsen* (Z. Sav. Stif., 1906), p. 187 et s.

(1) En ce sens : O. Martin, *Trib. des Centumvirs*, p. 83 et 84.

(2) Suétone, *Domit.* 8 : *ambitiosas centumvirorum sententias*, V. plus bas, p. 81 et s. Cf. Mommsen, *Histoire Romaine* (trad. Alexandre), VI, p. 117.

puleux du défunt ou même d'un individu quelconque prêt à se réclamer faussement et sans contradiction d'une parenté imaginaire. L'héritier promettait une commission et le compère s'engageait sans doute de son côté à ne pas inquiéter l'héritier inscrit, une fois le testament annulé. — Le compère entamait donc la procédure, se prétendait héritier *ab intestat* du défunt et arguait de ce qu'il avait été exhéredé sans raison, contrairement à ce que permettait le devoir familial, pour faire déclarer le testament nul comme émanant d'un esprit faible. L'héritier inscrit défendait mollement le testateur ou même ne comparaissait pas *in judicio* et le juge prononçait la nullité du testament, soit trompé par la faiblesse des arguments du défendeur, soit en vertu de la vieille règle des XII Tables : « *Post meridiem, praesenti litem addicito* ». L'héritier inscrit était ainsi libéré de l'obligation de délivrer les legs et d'affranchir les esclaves. Le compère gagnait quelque argent. Il n'y avait que les légataires et les esclaves affranchis à pâtir de la combinaison sans avoir d'ailleurs pu s'y opposer à aucun moment.

Le procédé était simple, sans grands risques ; il est à supposer qu'une fois trouvé, le nombre de testaments ainsi rescindés augmenta rapidement et qu'il fut de suite besoin de l'intervention des pouvoirs publics. Comme les dispositions législatives qui nous sont parvenues sont toutes groupées au milieu du n^e siècle, et que les jurisconsultes du commencement du m^e siècle reviennent à plusieurs reprises sur ce sujet, comme à une matière assez fraîchement réglée, nous supposons que le besoin créé par ces fraudes est sensiblement contemporain des premiers Antonins, date de peu postérieure à celle généralement admise comme celle de la régularisa-

tion définitive de la *Querela inofficiosi testamenti* (1). On a soutenu que le besoin devait être bien antérieur, puisque la doctrine du temps de Tibère et Sabinus en particulier donnait déjà le moyen d'échapper à la fraude (2). En effet, Ulpien a écrit, au 24^e livre de son commentaire doctrinal *ad Sabinum* les lignes suivantes (Dig. 30. *De leg.* 1^o, Pr. 50.1) :

Si hereditatis judex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lusorie agentem nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo si per injuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit ? Injuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat.

Mais il est inadmissible que la première phrase de ce texte donnant une solution, au cas de défaillance ou de feinte défense de l'héritier inscrit, soit due à Sabinus, près d'un demi-siècle avant l'apparition définitive de la *Querela inofficiosi testamenti*. D'autre part, on ne peut songer, pour mettre cette 1^{re} phrase sous l'autorité de

(1) V. C. Chabrun, *Querela inoff. test.*, p. 19 ; Bekker, *Aktionen*, p. 219. — Le règne de Domitien me paraît dater à peu près à l'apparition définitive de la *Querela* comme jurisprudence centumvirale. Il y a en effet un rescrit de Trajan (Dig. 5.3.7, pr.) qui étend au cas de *Querela* la règle, posée par un sénatus-consulte, que les legs de liberté ne pouvaient être réclamés en justice qu'après que les questions relatives au testament lui-même seraient tranchées. Or, l'intervention du Sénat en matière de législation civile et de procédure ne date que du Principat (V. Krüger, *Histoire des Sources*, p. 110). De l'existence de ce sénatus-consulte et du rescrit de Trajan l'étendant aux cas de *Querela*, il résulte que ceux-ci n'existaient pas au début de l'Empire. L'intervention rescindante de Domitien lui-même (Suétone, *Domit.* 8) s'expliquerait mal s'il s'agissait d'une jurisprudence centumvirale déjà ancienne sur ce point. Voir plus loin, p. 84. — Cf. Girard, *Manuel* (4), p. 858, n. 2 et Cuq, *Inst. jur.*, II, p. 605.

(2) C. Chabrun, *op. cit.*, p. 128, n. 1.

Sabinus, à dire que s'il ne s'agit pas ici de la *Querela* fondée sur le *color insaniae* et intentée par un proche parent du testateur, mais d'une simple pétition d'hérédité intentée par un compère quelconque, se basant sur des raisons également quelconques ; en effet si dès le commencement de l'Empire on avait admis en doctrine, c'est-à-dire très largement et très généralement, le principe que les légataires ne seraient pas lésés par cette *petitio hereditatis* simulée, on ne voit pas qu'il eut été besoin de plusieurs interventions impériales au cours du II^e siècle pour secourir ces légataires, dans les procès de *Querela* simulée, qui étaient englobés dans la pétition d'hérédité (1). Si nous replaçons notre texte dans son milieu (2), nous remarquons qu'il fait partie de la série de onze livres (XV à XXV) consacrés par Ulpien à l'étude des legs dans son commentaire *ab Sabinum*. C'est donc au courant d'une étude très approfondie des legs en général qu'il rencontre notre hypothèse parmi bien d'autres. Il donne la solution théorique, abstraction faite des moyens de procédure pour y parvenir, solution résultant des rescrits impériaux rendus sur la matière au cours du

(1) M. C. Chabrun (*loc. cit.*) croit trouver à ces interventions impériales d'une part un rôle purement confirmatif, d'autre part un rôle spécial aux provinces. Nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser. Remarquons seulement dès à présent que si nous admettons avec lui que la phrase en question exprime une opinion doctrinale de Sabinus, celle-ci est exprimée si généralement qu'elle s'applique aux provinces comme à Rome même et qu'on ne s'explique pas mieux ainsi pourquoi il aurait fallu une intervention spéciale du prince pour secourir les légataires dépouillés en vertu d'un jugement provincial rendu *extraordinem* et qui auraient pu invoquer plus simplement la prétendue doctrine de Sabinus.

(2) Lenel, *Paling*. Ulpien, n° 2659.

n^e siècle et qu'il passe sous silence (1). Puis il passe à une autre hypothèse toute différente, opposée même, si l'on considère le rôle de l'héritier inscrit, amenée seulement par la similitude de situation des légataires, ce qui est bien naturel dans un commentaire détaillé sur les legs. Il se demande ce qui arrivera si l'héritier succombe à une pétition d'hérédité à laquelle il a défendu de son mieux, l'autorité judiciaire ayant prononcé *per injuriam*, c'est-à-dire injustement, et cet héritier, dégoûté ou trop peu intéressé, ayant renoncé à faire appel de la sentence injuste (2). Ulpien rapporte que, selon Sabinus, la sentence injuste n'était pas opposable aux légataires. Puis, continuant son commentaire, il examine ce que deviennent les legs au cas où l'hérédité est attribuée à un *substitutus*. Sabinus n'est donc cité qu'à propos du « *per injuriam pronuntiatum, non tamen provocavit* » (3).

(1) La situation prévue par notre texte est en outre trop identique à celle que l'on retrouve chez Ulpien dans ses autres ouvrages (*Opiniones*, livre V ; *Ad Edictum*, livre XIV) pour que l'on puisse douter que ce soit la même hypothèse. — En sens contraire, mais sans preuves : Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 526, n. 30, suivi, sans plus de motifs, par Eisele, *Zur Querela inofficiosi* (*Z. Sav. Stift.* XV, 1894), p. 276, n. 1.

(2) Cette sentence injuste étant supposée faire tomber indirectement les legs, c'est donc qu'elle annulait le testament. Mais comme à l'époque de Sabinus il ne peut être question de rescision à la suite d'une *Querela inofficiosi testamenti*, c'est donc aussi que le *petitor* avait pris une autre base d'action : qu'il ait prétendu que le testament était nul pour vice de forme, par exemple, ou pour incapacité du testateur, ou pour manque de *factio testamenti* passive chez l'héritier institué, etc., etc.

(3) M. Chabrun (*op. cit.*, p. 128, n. 1), suivant en cela Eisele (*Z. Sav. Stift.*, XV, 1894, p. 277, n. 1) soupçonne le *non tamen provocavit* du texte d'interpolation, car il admet que la réponse de Sabinus se rapporte sûrement à la procédure ordinaire, peut-être même

Tout le reste est d'Ulpien et se rapporte au droit en vigueur de son temps, y compris la première phrase de notre frg. 50, § 1.

Examinons maintenant sur quelles bases s'était formée cette théorie rapportée par Ulpien. On n'avait d'abord pas pu se servir de la décision de Sabinus pour rendre inopposable aux légataires le jugement annulant le testament à la suite d'une entente frauduleuse entre le *scrip-*

aux procès centumviraux, et d'autre part il se rallie à la théorie de la souveraineté absolue des jurés romains. Selon M. Chabrun, si le *non tamen provocarit* était bien de Sabinus, le jurisconsulte, après avoir décidé que la sentence injuste de première instance était inopposable aux légataires au cas où l'héritier se résignait et n'appelait pas, aurait dû envisager ensuite le cas où, ayant fait appel, l'héritier était encore une fois injustement condamné. Tout au contraire, le jurisconsulte ne pouvait imaginer cette seconde hypothèse ; en effet, comment le légataire aurait-il pu prouver et faire admettre par le tribunal statuant sur sa demande en délivrance malgré l'annulation du testament, que la sentence d'annulation était inique, alors que toutes les juridictions saisies en appel l'avaient confirmée ? Pour que la sentence pût être considérée comme rendue *per injuriam*, il fallait nécessairement qu'elle eût été prononcée par un tribunal dont les sentences étaient susceptibles d'appel (Hermogénien, Dig. 4. 4. 17 : *appellatio quidem iniquitatis sententiae querella*) et que le *scriptus heres* eut renoncé pour des raisons de fait à user de cette voie de recours. Alors, le légataire pouvait faire valoir cette abstention de l'héritier et montrer à son juge que s'il y avait eu appel par l'héritier, la sentence de première instance aurait été reconnue injuste et annulée, que le testament aurait été rétabli et les legs avec lui. On ne saurait d'ailleurs tirer de la mention d'un appel ici une preuve absolue de l'appel des Centumvirs ou du *judex unus*, car le commentaire *ad Sabinum* est trop théorique pour viser une procédure plutôt qu'une autre. Cependant, comme la *Cognitio* au temps de Sabinus était fort peu répandue dans les pays où il y avait beaucoup de procès sur des hérités romaines, on peut considérer cette mention comme un indice, en faveur de la théorie que nous soutenons.

tus heres et le *Querelans*, car cette décision prévoyait la parfaite honnêteté de l'héritier et l'injustice du tribunal, ce qui était tout justement la situation inverse. Il fallut donc recourir à l'intervention impériale quand les fraudes se multiplièrent. Les Empereurs accordèrent aux légataires, qui cependant n'avaient point été parties à la *litis contestatio*, de prendre en mains la défense du testament, soit, s'il en était encore temps, en défendant sérieusement au procès, soit, si le jugement était déjà intervenu, en faisant appel de la sentence prononcée. Postérieurement, dans le cas exceptionnellement favorable au point de vue de la facilité de la preuve à faire, où le *scriptus heres*, non seulement défendait mal, mais ne défendait pas du tout, on décida que, sans avoir besoin d'attaquer la sentence par l'appel, les légataires pourraient simplement ignorer cette sentence et poursuivre leurs legs.

Cette réforme accomplie en trois fois nous est rapportée par Ulpien (Dig. 49.1.14), avec l'indication et les termes mêmes des rescrits d'Antonin le Pieux et des *Divi Fratres* Marc-Aurèle et Vérus, dans un long fragment extrait de son livre XIV *ad Edictum* (1).

Pr. « Si perlusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an jus faciat iudex, videndum. Et Divus Pius, cum inter conjunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc jure utimur ut possint appellare : sed et agere causam apud ipsum iudicem qui de testamento

(1) Lenel, *Paling.* Ulpien, n° 503.

cognoscit si suspicantur non ex fide heredem causam agere.

§ 1. Quotiens, herede non respondente, secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. Et hoc Divorum Fratrum epistula continetur ad Domitium in hac verba : « Quod, absente possessore nec
« quoquam nomine ejus respondente, pronuntia-
« tum est, non habet rei judicatae auctoritatem
« nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit.
« Quare his qui testamento libertates vel legata
« vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt ac-
« tiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil
« esset judicatum [et ideo adversus eum qui vicit
« permittimus eis agere] (1). »

La place même de ce texte au livre XIV *ad Edictum* d'Ulpien est une preuve certaine qu'il se rapporte à la *Querela inofficiosi testamenti* (2). De plus, son parallélisme absolu, dans le principium, avec deux autres textes d'Ulpien (Dig. 5.2.8.16, et 5.2.29, pr.) et un texte de Mar-

(1) Cette dernière phrase me semble être une de ces explications malheureuses dues au zèle des commissaires de Justinien. Elle contredit tout le paragraphe 1 sous couleur de lui donner une dernière pointe. Ce n'est pas celui qui est vainqueur au *perlusorium judicium* que les *Divi Fratres* permettent d'attaquer. Puisque c'est un compère du *scriptus heres*, c'est-à-dire sans doute un pauvre diable prêt aux rôles les plus douteux, qui est vainqueur apparent au procès, les légataires seraient en face d'un insolvable dans presque tous les cas. — Puisqu'il n'y a pas de *res judicata* pour les légataires, il n'y a ni *victus*, ni *victor* ; il y a seulement le *scriptus heres*. — Sur ce texte, voir : Hartmann, *Das röm. Coutumacialverfahren*, p. 209 et s.

(2) Cela n'a pu être nié par Ubbelohde, dans Hartmann, *Ordo judiciorum*, p. 526, n. 30, qu'à une époque où Lenel n'avait pas encore reconstitué les œuvres des jurisconsultes dans sa Palingénésie.

cien (Dig. 49.1.5. 1 et 2), et dans le paragraphe 1 avec deux fragments de Paul (Dig. 5.2.17.2 et 5.2.18), suffirait à nous montrer qu'il se rapporte à la *Querela*. Le texte de Marcien (1) en particulier éclaire bien le principium du fragment d'Ulpien. Il signale que les légataires eurent d'abord la permission de faire appel de cette sentence « *inter alios acta* » ; puis, qu'Antonin le Pieux, dans un second rescrit, leur permit, s'ils avaient eu connaissance de la *Querela* avant la sentence, de défendre le testament attaqué à côté de l'héritier qui ne défend pas « *ex fide* », selon l'expression d'Ulpien (2). C'était une simplification de procédure toute naturelle. Quant aux *Divi Fratres*, ils allèrent encore plus loin et supprimèrent la nécessité de faire appel au cas où l'héritier n'a pas même paru à l'audience.

D'autre part, l'autorité judiciaire à laquelle pense Ulpien en écrivant ces lignes ne peut être que le tribunal des Centumvirs. Il y a de cela plusieurs raisons :

D'abord, Ulpien traitant la *Querela* au livre XIV *ad Edictum*, comme digression amenée par la rencontre dans l'édit de l'exception préjudicielle garantissant l'*auctoritas centumviralis*, il est à supposer qu'il pense aux Centumvirs dans tous ses développements, tant qu'il

(1) Wach, dans Keller, *Röm. Civilprocess* (5), § 82, note 985, trouve ce texte très probant en faveur de l'appel des Centumvirs. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 65, n. 3 et p. 70.

(2) Le texte (49.1.5.2) s'exprime un peu différemment : *Idem (Antoninus) rescripsit legatarios causam appellationis agere posse*. Mais le texte ainsi conçu n'ajoute rien que n'ait déjà dit le paragraphe 1. Il n'est pas douteux que le mot *appellationis* soit une glose interlinéaire ou marginale, d'ailleurs malencontreuse, insérée dans le texte par un copiste. C'est la seule manière de donner au paragraphe 2 un sens quelconque, et la fin du fragment d'Ulpien, 49.1.14 pr. nous autorise pleinement à faire cette correction.

n'indique pas expressément le contraire(1). Ensuite, il s'agit à coup sûr d'un procès tranché devant des jurés, selon les règles de l'*ordo*, comme il résulte des termes mêmes des deux jurisconsultes et de l'hypothèse prévue. Ulpien dit : « *Quotiens.... secundum adversarium sententia datur* » et Paul répète : « *Si secundum praesentem judicatum sit* » : deux allusions évidentes à la règle de procédure remontant aux XII Tables : « *Post meridiem praesenti litem addicito* », règle propre à la procédure de l'*ordo* et étrangère à la procédure *extraordinem* où le juge pouvait juger par défaut. Quant à l'hypothèse du défaut *in judicio* prévue par le texte, elle s'expliquerait moins bien dans la procédure extraordinaire que dans la procédure ordinaire. Dans la procédure récente en effet, le juge doit statuer non contradictoirement après examen sommaire de la cause ; il pourra donc au cours de l'instruction de l'affaire avoir découvert la supercherie du *scriptus heres* et débouter son compère le jour où celui-ci se présentera comme *querelans* à l'audience ; au contraire dans la procédure archaïque, le juge pourra bien avoir découvert

(1) Code Justinien, 3,31.12, pr. — Cf. von Velsen : *Die Exceptiones praejudiciales*, p. 28 à 32. — Mais de ce que la *Querela* est traitée dans une digression amorcée par l'exception préjudicielle protectrice de l'*autoritas centumviris*, on ne saurait conclure rigoureusement que tous les textes du livre XIV *ad Edictum* d'Ulpien soient relatifs à la *Querela* devant les Centumvirs et que l'appel mentionné est celui des Centumvirs : Ulpien donnait en effet aussi quelques règles propres aux provinces (Dig.50.17.123.1) où la *Querela* était jugée par un *judex unus* dans les provinces sénatoriales où subsistait encore la procédure formulaire, et par un fonctionnaire *extraordinem*, partout ailleurs. — Cf. Lenel, *Edit. perpet.*, I, p. 159, n. 3 et C. Chabrun, *loc. cit.* — Cependant, on doit remarquer qu'il serait plus arbitraire encore de restreindre le texte d'Ulpien aux provinces, sans motifs sérieux.

la supercherie, mais il n'aura pas la liberté de débouter le pseudo-querelans ; il devra lui adjuger l'hérédité en vertu de la règle impérative des XII Tables (1). La règle admise par Marc-Aurèle et Vérus au cas de défaut du *scriptus heres* se rapporte donc sûrement à la procédure ordinaire et aux Centumvirs. — Enfin, il y a des textes qui rapportent formellement aux Centumvirs la nouvelle facilité donnée par le rescrit des *Divi Fratres* aux légataires, au cas où le *scriptus heres* n'a pas même daigné comparaître. Paul, au livre II de ses *Quæstiones* (Dig. 5.2.17) rapporte la même décision sans le nom des auteurs du rescrit (§ 1), après avoir mentionné à la ligne précédente (pr.) l'autorité à laquelle il pense : les Centumvirs. Et il s'agit bien là de la même constitution des *Divi Fratres* que nous rapporte Ulpien, comme le prouve le fragment inséré au Digeste immédiatement après le texte des *Quæstiones*, fragment pris dans le *Liber de inofficioso testamento* du même jurisconsulte et ainsi conçu (Dig. 5.2.18) « *De qua re etiam constitutio*

(1) Voir P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 4029, n. 3. — Cf. Cuq, *Inst. jurid.*, II, p. 879 et n. 3 et Kipp, *V^o Contumacia* (Pauly-Wissowa, IV, p. 4167) Une constitution de Justinien de 530 (Code J. 3.1.13.3) s'exprime ainsi : *Sin autem reus afuerit... judex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex una parte cum omni subtilitate causam requirat et, si obnoxius fuerit inventus, et contra absentem promere condemnationem non cesset.* — Le devoir du juge extraordinaire de ne condamner le défaillant qu'après examen de la cause, contrairement à l'obligation de donner automatiquement raison au présent selon les XII Tables, est donné clairement par Justinien comme résultant de *veteres leges*, c'est-à-dire de rescrits impériaux du Haut-Empire. — Cf. Ulpien (Dig. 5.1.73, pr.). — Tout le raisonnement qui est exposé au texte a totalement échappé à Mommsen qui considère, sans plus de preuves, que toute la masse de textes en jeu se réfère aux *cognitiones*, V. *Droit public rom.*, V, p. 272, n. 4 De même, Eisele : *Abhandlungen*, p. 180 et 181 et note 51.

exlat Divorum Fratrum quae hujusmodi distinctionem admittit. »

L'autorité visée par le paragraphe 1 du Fragment d'Ulpien est ainsi nettement déterminée. Y-a-t-il la moindre vraisemblance que dans le principium du même fragment il puisse être question d'une autre autorité ? En soi, non. Le contraire ne serait admissible que si cette première partie du texte présentait des particularités propres à la *cognitio extraordinaria* (1). A défaut de ces

(1) M. C. Chabrun (*Querela...* p. 126, note 2, pp. 129-130, n. 1), embarrassé par ce principium où il y a une mention de l'appel, et voulant en conséquence le rapporter à la procédure extraordinaire, admet qu'il vise la *Querela* en province, pour laquelle on aurait organisé un recours par voie d'appel, tandis que le paragraphe 1 viserait la *Querela* centumvirale, pour laquelle on aurait admis que la sentence serait inopposable aux légataires, faute de pouvoir en admettre l'appel. Prévoyant l'objection faite au texte, il pense, sans d'ailleurs que ce soit autre chose qu'une hypothèse, que tout le passage se référant à la réforme d'Antonin le Pieux : *Et Divus Pius... heredem causam agere* aurait été intercalé ici par les compilateurs qui l'auraient pris dans un autre endroit du livre XIV *ad Edictum*, celui où Ulpien traitait de la *Querela* en province, ou que, si le passage était bien là même où il est aujourd'hui, les compilateurs auraient coupé les explications le restreignant aux provinces. Cela expliquerait que dans tout ce principium le jurisconsulte n'ait pas l'air de répondre à la question qu'il se pose : *an jus faciat judex videndum* ? Mais nous verrons que ce texte se construit au contraire très logiquement. — Le seul argument invoqué pour rattacher la réforme d'Antonin le Pieux à la procédure provinciale (ce qui ne serait pas d'ailleurs une preuve qu'il s'agisse de procédure extraordinaire. — Cf. Partsch, *Schriftformel in röm. Provinzialprozesse*, p. 111 à 120), c'est que notre rescrit est encore une fois cité par Ulpien (Dig. 5.2.29, pr.) au commencement d'un fragment où, au paragraphe 4, Ulpien donne une règle relative à la détermination du gouverneur compétent par le domicile de l'*heres scriptus*, et M. Chabrun en conclut que dans tout ce passage Ulpien traitait de la *Querela* provinciale. Cela pourrait être vraisemblable dans un ouvrage de longue haleine, où les transitions

signes extérieurs, il est impossible de croire qu'Ulpien ait passé de l'étude des moyens employés par les légataires contre la sentence rendue *extraordinem*, à l'étude

sont marquées et où il y a de longs développements sur chaque ensemble juridique. Mais il est impossible de l'admettre dans notre cas : les recueils d'*Opinions* sont en effet des collections dans le cadre traditionnel de l'Edit, d'opinions variées et de règles émanant de constitutions, sans grand lien entre elles, une collection de fiches éditées bout à bout à l'usage des praticiens pourrait-on dire (Cf. P. Krüger, *Sources*, p. 173 et 293). Le principium et les 4 paragraphes de notre frag. 5.2.29 sont un exemple typique de simple juxtaposition des diverses fiches qu'Ulpien avait collectionnées sous la rubrique : *Querela inofficiosi testamenti*. Quant à croire qu'il ne s'occupait que de la *Querela* en province dans un fragment relativement aussi long, c'est chose impossible si l'on veut bien examiner quelle place restreinte pouvait occuper dans les *Opiniones* d'Ulpien la *Querela*. Si nous admettons avec Lenel (*Paling.* Ulp. 2349) qu'il faille rattacher notre fragment au livre VI des *Opiniones* et non au livre V comme porte la rubrique, nous voyons que le livre VI comprenait des décisions sur les matières des titres XIII à XV, inclusivement (§§ 52 à 90) de l'Edit (Lenel), c'est-à-dire des matières qui occupent 9 livres du commentaire *ad Edictum*. — Si au contraire nous admettons que notre fragment était à la fin du livre V et que la matière de la *Querela* était à cheval sur la fin d'un *volumen* de papyrus et le commencement d'un autre (Cf. Girard, *Edit. perpétuel*, N. Rev. H. 1904, p. 141), nous voyons que les livres V et VI comprenaient des décisions sur les matières des titres X à XV, inclusivement (§ 39 à 90) de l'Edit, matières traitées en quatorze livres du commentaire. — Donc, d'après le calcul le plus modeste, les matières, la *Querela* entre autres, devaient être traitées dans les *Opiniones* d'Ulpien avec 7 à 9 fois moins de développement que dans le commentaire *ad Edictum*. — C'est dire qu'il est impossible de voir dans le fragment inséré au Digeste, 5.2.29, un développement consacré exclusivement aux provinces. A ce compte la *Querela* eut tenu une place disproportionnée dans les *Opiniones* d'Ulpien. — On ne peut donc pas, pour ces diverses raisons, conclure de ce que le paragraphe 4 parle de provinces à ce que l'appel du *principium* se rapporte aux provinces également, c'est-à-dire peut-être à la procédure extraordinaire. — Le champ reste donc absolument libre aux

de ceux accordés par les *Divi Fratres* devant les Centumvirs sans avoir marqué, au moins par une allusion, sa transition d'un sujet à l'autre (1). Il y a plus : nous avons les meilleures raisons de croire que ce texte ne forme qu'un bloc et que, d'un bout à l'autre, il y est question exclusivement des Centumvirs. En effet, à la question *an jus faciat judex* ? que le jurisconsulte se pose à propos de la *Querela fraudulense*, il répond suivant une distinction très nettement marquée par les textes :

1° Si le *scriptus heres* se présente *in judicio* et fait semblant de défendre le testament, mais que les légataires le soupçonnent de ne pas défendre sérieusement, *ex fide* (2), ceux-ci pourront prendre la cause en mains et défendre le testament. — Si la sentence est intervenue avant qu'ils aient pu prendre part à l'action, ils auront la faculté d'interjeter appel.

2° Si le *scriptus heres* fait défaut *in judicio* (3), ce qui est un fait matériel plus facile à prouver, les légataires sont dans une situation encore meilleure, depuis l'*epistula* de Marc-Aurèle et de Vérus à Domitius : ils n'auront plus à se préoccuper de faire réformer par appel la sentence qui a fait tomber le testament, ils pourront désormais l'ignorer et prouver le simple défaut *in judicio* du *scriptus heres*, quand ils réclameront leurs legs.

raisonnements par lesquels on peut essayer de déterminer par ailleurs quelle procédure est visée dans le frag. 49.1.14, pr.

(1) C'est sur la prétendue particularité de l'appel, que M. Eisele croit propre à la procédure extraordinaire, que cet auteur rapporte notre rescrit à la procédure administrative. V. *Zur Querela inofficiosi* (*Z. Sav. St.*, XV (1894), p. 278). Je ne puis naturellement le suivre.

(2) Ulpien (Dig. 49.1.14, pr.), *Per collusionem actum ; ... non ex fide heredem causam agere...*

(3) Ulpien (Dig. 49.1.14, 1), *Absente possessore...qui adesse neglexerit.*

C'est cette distinction que nous avons déjà rencontrée dans le raccourci donné de ces réformes par Ulpien, *ad Sabinum* (Dig. 30.... 50.1) : *heredem non agentem causam vel lusorie agentem*. Il est impossible de dissocier ces deux manières d'agir accordées aux légataires et de les attribuer chacune à une procédure différente sans rendre l'une et l'autre imparfaite. Si l'on admet que le rescrit d'Antonin le Pieux vise la procédure extraordinaire, on se trouve dans une hypothèse historiquement absurde : les légataires auraient d'abord été protégés dans la procédure extraordinaire, dans les provinces, sous Antonin le Pieux, et ce ne serait que postérieurement, entre 161 et 169 après J.-C. qu'ils auraient reçu protection pour les causes déférées aux Centumvirs, tribunal cependant le plus ancien et le plus important (1). Et même postérieurement à l'*epistula* des *Divi Fratres*, ils n'auraient été protégés qu'au cas de défaut du *scriptus heres* et non au cas de défense illusoire. — Rationnellement, tout cela est impossible, et de plus, cela se heurte au texte d'Ulpien, *ad Sabinum*, qui ne fait pas de distinction de ce genre.

En définitive, nous devons admettre que le rescrit d'Antonin le Pieux donnant aux légataires le droit d'appeler, au cas du *perlusorium iudicium*, visait les Cen-

(1) Cette bizarrerie historique n'existe pas pour M. Chabrun (*Querela*, p. 128) qui ne paraît pas avoir perçu assez nettement les hypothèses prévues successivement par Antonin et par Marc-Aurèle, et qui croit même que l'*epistula* de ce dernier ne fit que confirmer une jurisprudence établie dès le commencement du Principat et révélée par Sabinus (Dig. 30... 50.1). Mais nous avons démontré que cette prétendue jurisprudence de Sabinus était tout simplement l'œuvre d'Ulpien résumant justement l'œuvre législative des Antonins en notre matière.

tumvirs. Mais il va de soi qu'un rescrit de ce genre, bien que fait à propos d'un tribunal de l'*ordo* était également obéi des autres juridictions ordinaires et extraordinaires statuant en matière de *querela*, soit volontairement, soit à la suite d'un rescrit l'étendant à ces juridictions (1).

C'est ce rescrit d'Antonin le Pieux qui est considéré par Merkel (2), comme le point de départ de l'appel régulier des sentences ordinaires. Cette façon de voir me paraît méconnaître gravement les lois les plus élémentaires du développement des institutions : jamais on ne voit une institution juridique être détournée de sa fonction naturelle dans un but utilitaire, avant d'avoir déjà fonctionné normalement. Ainsi, ici, il semble déraisonnable de croire que l'appel ait pu être donné aux légataires pour faire tomber une sentence *inter alios pronuntiata*, avant d'avoir été régulièrement accordé au succombant mécontent de la sentence qui le condamne. Force nous est donc, en face de l'innovation commode sans doute, mais peu juridique en somme, d'Antonin le Pieux, d'admettre que l'appel existait déjà auparavant, contre les sentences centumvirales, à titre d'institution régulière assez ancienne.

β—Telle était, selon nous, la situation du tribunal des Centumvirs en matière d'appel. En dehors des documents que nous avons examinés et qui nous font croire, par leur combinaison, à l'existence de cet appel des sentences centumvirales, ne s'en rencontre-t-il pas d'autres qui nous mettent en face du fonctionnement concret de cette

(1) Voir, par exemple, pour l'*unus iudex* compétent en cas de *Querela* (Dig. 5.2.8.16), plus bas, p. 94 et ss.

(2) Merkel, *Appellation*, p. 65.

institution ? C'est ce que nous devons maintenant examiner.

Suétone dépeint en ces termes l'activité judiciaire de l'empereur Domitien (1).

Jus diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali [;] extraordinem [;] ambitiosas centumvirorum sententias rescidit (2).

Certains auteurs voient dans ce texte une allusion au droit de contrôle qu'avait l'empereur sur les sentences des jurés, et qui lui permettait de les casser lorsqu'elles avaient été le résultat d'une faveur (3). S'il en était ainsi, et comme par ailleurs il est peu probable que Domitien ait annulé sans en être prié par *appellatio*, il faudrait admettre sur ce seul texte, un appel à l'encontre des sen-

(1) Suétone, *Domit.*, 8.

(2) L'importance de la question de ponctuation soulevée par Mommsen (*Dr. public rom.*, V, p. 272.1) nous paraît bien exagérée, pour ne pas dire plus. Que l'on ponctue avant *extraordinem* comme fait Mommsen, ou après comme font certains autres, il n'en reste pas moins vrai que la juridiction de l'empereur s'exerçait dans les formes de la procédure extraordinaire et que c'est bien *extraordinem* que Domitien rescindait les sentences centumvirales, que le texte le dise explicitement ou non. Au surplus, le mieux serait sans doute de faire, comme les anciens auteurs, Siccama, Conradi (*Jus provocacionem*, § 54), Zimmern (*Gesch. des röm. Rechts*, III, p. 509), et de ne pas ponctuer du tout cette phrase, si ce n'est peut-être d'une virgule avant : *pro tribunali*, au plus. — Cf. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 420 et n. 9^a ; O. Martin, *Trib. des Centumvirs*, p. 123, n. 1. Merkel, *Appellation*, p. 65, n. 1.

(3) En ce sens : Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 272, n. 1 ; Wlassak, *V^o Centumviri* (Pauly-Wissowa, III, p. 1949) ; Martin, *Centumvirs*, p. 123, n. 1 ; R. Samter, dans la *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 1906, p. 192. — Cette cassation serait obtenue par une *restitutio in integrum*, sans doute du genre de celle employée par Q. Cicéron en Asie (V. plus haut, p. 18). — Cf. Ubbelohde, dans Hartmann, *Ordo judiciorum*, p. 421, n. 9^b.

tences centumvirales, au moins dans des cas très précis et très limités (1). Mais nous ne croyons pas que le texte vise les sentences rendues par faveur, au sens ordinaire du mot (2). Il vise bien plutôt la hardiesse des Centumvirs dont la jurisprudence, nouvelle alors, tournait hardiment la loi pour annuler les testaments inofficieux (3). Mais comme il n'est pas à supposer que Domitien, uniquement par respect pour les vieilles lois en vigueur, ait résolument rescindé toutes les sentences déclarant nuls les testaments assimilés à l'œuvre d'un fou, surtout alors qu'un mouvement dans les esprits et dans la jurisprudence impériale elle-même se faisait de plus en plus impérieusement sentir (4), nous sommes portés à croire qu'il agis-

(1) C'est ce que font d'ailleurs tous les auteurs cités à la note précédente. — Merkel, *Appellation*, p. 65,66, l'admet ; mais pour le règne de Domitien seulement, et à titre d'empiétement caractérisé ; ce qui, selon cet auteur, serait exprimé par Suétone d'un seul mot : *extraordinem*.

(2) Nous savons en effet qu'à cette époque ou peu après (Pline, *Ep.* 6.33.3. — Cf. Martin, *Centumvirs*, p. 26, n. 4), le tribunal était composé de 180 membres répartis en 4 sections qui jugeaient isolément ou réunies. Chacune des sections, même après les récusations, devait se composer d'un nombre de juges élevé, trop élevé pour qu'il soit humainement possible de prouver à Domitien que la sentence avait été rendue par faveur. Ce nombre lui-même était en outre une garantie contre les jugements rendus par faveur.

(3) Pernice (dans *Archivio Giuridico*, 1886, p. 127) croit, par comparaison avec les *ambitiosa decreta decurionum*, ou *consulum vel prae-sidum* (Dig. 50.9,4 et 4.4.3, pr.), que Suétone a voulu faire allusion aux sentences rendues par les Centumvirs, hors des limites de leur compétence. C'est possible. Mais peut-être vaut-il encore mieux prendre *ambitiosus* dans son sens étymologique, « sinueux », « qui fait le tour de l'obstacle » et y voir une image employée par Suétone pour qualifier la jurisprudence plus que hardie des Centumvirs en matière de *Querela*.

(4) Voir les textes cités et classés par ordre chronologique dans C. Chabrun, *Querela inoff. test.*, p. 14 et 20.

sait dans son propre intérêt. La jurisprudence des Centumvirs était hardie et neuve, encore peu enracinée ; Domitien dut en profiter pour rescinder les sentences centumvirales qui annulaient des testaments faits par flatterie en faveur du Prince au détriment de proches parents (1), en déclarant *ambitiosae*, c'est-à-dire « habilement contraires aux lois », ces sentences nuisibles au fisc (2). Nous ne croyons donc pas que l'on puisse voir dans cette intervention de Domitien, assez irrégulière pour mériter d'être notée par Suétone, un cas concret d'appel au Prince des sentences des Centumvirs.

Nous ne connaissons également aucun exemple certain d'une cause concrète, portée des Centumvirs à l'Empereur et jugée après instruction du conseil impérial, dans les différents ouvrages où les jurisconsultes ont consigné

(1) Cette hypothèse paraît contredite par un passage du paragraphe 9, où Suétone fait l'éloge de la largesse de Domitien : *Relictas sibi hereditates ab iis, quibus liberi erant, non recepit*. Mais cette louange est assez étroite : il refusait les hérédités de ceux qui avaient des héritiers directs ; soit. Mais Suétone ne dit pas qu'il en fit autant pour les autres héritiers légitimes : ascendants et frères et sœurs. Or, la comparaison des œuvres de Suétone et de celles de Dion Cassius a démontré que souvent quand Suétone s'exprime aussi restrictivement pour faire une louange, c'est qu'il cache certaines particularités de nature à faire paraître l'acte beaucoup moins beau.

(2) Ce qui vient encore consolider cette tentative d'expliquer le texte de Suétone, c'est la constatation faite par Ulpien (Dig. 5.2.8.2) que de très nombreux rescrits ont permis de déclarer inofficieux un testament instituant héritier le Prince. Que de si sages rescrits puissent être attribués à Domitien, c'est ce qui est d'abord peu vraisemblable ; ce l'est encore moins si l'on songe que la *Querela* prenait à peine figure sous son règne. Ces nombreux rescrits paraissent bien porter l'empreinte des Antonins, et être venus corriger un abus dû peut-être justement à Domitien : l'habitude qu'avait le prince de rescinder les sentences défavorables au fisc rendues sur *Querela*.

leurs réponses ou les avis donnés par eux dans les affaires ainsi jugées à la chancellerie impériale (1).

C. — Les Collèges de récupérateurs.

Quel que soit le lieu où le procès est organisé, Rome, Italie ou provinces de l'Empire, quelles que soient les parties en présence, le *judicium* dont la solution est remise à des récupérateurs est un *judicium* reposant non pas sur la loi, mais sur la toute-puissance du magistrat organisateur, un *judicium imperio continens*.

Déjà sous la République, nous avons pu constater que Verrès en Sicile et Q. Cicéron en Asie en usaient assez librement avec les sentences rendues à la suite d'un *judicium imperio continens*. Cette manière d'agir n'a sans doute fait que se développer sous le Principat.

(1) Nous ne croyons pas, en effet, pouvoir admettre l'hypothèse curieuse mais hasardée soutenue récemment par M. R. Samter dans *Zeitsch. Sav. Stf/t.*, 1906, p. 187 et ss. — Selon lui, le *responsum* de Scaevola, qui est au Digeste, 5.2.13, ne serait pas un vrai *responsum* à une consultation juridique, mais un faux *responsum*, sous le déguisement duquel Scaevola aurait rapporté une affaire examinée par lui pendant ses fonctions au conseil impérial et qu'il ne savait comment faire rentrer autrement dans le cadre d'un de ses ouvrages. A ce subterfuge, serait attribuable la gaucherie et l'obscurité célèbres de ce texte. — Or, ce texte est un des rares fragments du Digeste où il soit expressément question de *Centumvirs*. Ce serait donc une particulière bonne chance pour la théorie que nous soutenons que de voir dans ce *responsum*, avec M. Samter, la trace d'une affaire centumvirale portée en appel à l'Empereur et examinée en son nom par Scaevola. Malheureusement, l'argumentation de M. Samter repose sur des bases trop fragiles pour que nous puissions faire état de son ingénieuse hypothèse. Il semble même bien que si Scaevola a jugé en appel, ce ne soit pas sur le jugement centumviral, mais sur un jugement en matière de fidéicommiss.

Aussi, l'idée de soumettre les jurés à l'appel paraît moins répugner aux auteurs en ce qui concerne les récupérateurs que touchant le *judex unus* ou même les Centumvirs (1). Nous aurons ainsi moins de scrupules à en admettre l'appel, bien que ce soit la seule autorité *in judicio* pour laquelle nous n'ayons aucune preuve formelle ou indirecte et où nous soyons réduits à la seule vraisemblance.

Il est probable en effet, — mais rien de plus, — que Gaius visait les récupérateurs dans le texte suivant : Dig. 2.8.9 (*Ad Edict. provinc. V*).

Arbitro ad fidejussores probandos constituto,
si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur,
perinde ab eo atque ab iudicibus appellare
licet.

Ainsi, l'arbitre nommé pour vérifier l'aptitude d'une personne à cautionner le défendeur qui fournit une *satisfactio* peut voir sa sentence soumise à l'appel, comme celle des *judices*. L'autorité désignée de ce terme vague par Gaius est sans doute un collège de récupérateurs.

En effet, il est d'abord impossible que Gaius ait employé un terme aussi large que *judices* pour désigner les juges-commissaires ou les magistrats statuant *extraordinem*, puisque dans la province proconsulaire où il écrivait et pour laquelle il écrivait, les deux procédures fonctionnaient côte à côte (2) et qu'un mot aussi neutre,

(1) A ce point de vue, il faut signaler combien s'est adoucie la théorie d'abord si tranchante de Mommsen, entre son *Droit public romain* (1871) (V. p. 270 et s.) et son *Droit pénal romain* (1899) (I, p. 323, note 3 et p. 324, note 2).

(2) La persistance, en Asie proconsulaire au II^e siècle et dans l'ouvrage même de Gaius, de la procédure formulaire avec renvoi à

applicable aux jurés de l'*ordo* comme aux juges commissaires des *cognitiones*, n'aurait eu aucune signification précise, et aurait même été une inexactitude si l'on n'admet pas que les jurés fussent susceptibles d'appel (1).

Il est ensuite aussi peu probable que Gaius ait employé le mot dans le sens également restreint de « juré constitué selon l'*ordo judiciorum* », car dans ce cas encore, le mot aurait été trop large pour désigner clairement la chose. Si d'ailleurs Gaius avait voulu comparer l'arbitre à un juré en général, la phrase qui lui serait venue naturellement eût été au singulier : *perinde ab eo (arbitro) atque ab judice appellare licet*.

En conséquence, le terme *judices* ne semble pas pouvoir être attribué à Gaius, mais bien être une correction des compilateurs. Quel autre terme ceux-ci ont-ils donc ainsi remplacé ? On ne peut songer ici à la correction si fréquente consistant à mettre ce terme incolore de *judex* à la place de la mention précise d'un magistrat, consul, préteur, proconsul, etc. (2), car la correction

un ou plusieurs jurés ne soulève aucun doute. La preuve en a été plusieurs fois faite. Voir particulièrement : Pernice, dans l'*Archivio Giuridico*, 1886, p. 146 ; P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1065, n. 5 ; Parsch, *Schriftformel in röm. Provinzialprozesse*, p. 61 et s. (Thèse Breslau, 1905).

(1) En ce sens, Pernice, *loc. cit.* — Si, contrairement à l'opinion commune, on admet avec M. P. Krüger (*H. des Sources du Dr. rom.*, p. 254 et particulièrement 255, note 5), que l'ouvrage de Gaius a fort bien pu être composé à Rome, comme le prouverait la mention (Dig. 27.10.5) du préteur à côté du proconsul, il est encore plus impossible que Gaius y ait employé un terme aussi large que *judices*, voulant parler seulement des juges-commissaires ou des hauts magistrats, leurs commettants.

(2) En voir de nombreux exemples dans les traités des jurisconsultes sur l'*Officium consulis*, ou l'*Officium proconsulis*, dans Lenel,

eut donnée le singulier *judice*. En outre Gaius n'aurait jamais eu l'idée de comparer l'arbitre à un haut magistrat, mais bien à un juge-commissaire, ce que nous avons déjà écarté. — Le mot *judicibus*, au pluriel, a donc été commandé aux compilateurs par la présence dans le texte de Gaius d'un mot technique, au pluriel, désignant une autorité judiciaire disparue de leur temps. La présence du mot *centumviris* n'étant pas à soupçonner dans un ouvrage sur l'édit provincial, le mot *recuperatoribus* est le seul qui puisse être admis (1).

On ne doit d'ailleurs pas s'arrêter à cette bizarrerie apparente que Gaius compare l'arbitre aux récupérateurs plutôt qu'au *judex unus*. Celui-ci était fort peu en usage dans les provinces et quand on y parlait de jurés, on employait presque toujours le mot *recuperatores* (2).

Palingénésie. — Adde : L'écrivain, *Mél. d'arch. et d'hist.* (Ec. fr. de Rome), VIII, 1888, *passim*. et P.-F. Girard, *Les Jurés de l'action d'injures* (Mél. Gérardin, 1907, p. 276, n. 1).

(1) Cette correction, très familière aux compilateurs byzantins, se retrouve, entre autres textes, au Digeste : 42.1.39 (V. Lenel, *Palingénésie*, Celsus, n° 23, et note 2) et 42.1.36, 37 et 38. Pour ces derniers textes, voir *contra* : O. Martin, *Centumvirs*, p. 119, n. 2 (et auteurs cités), qui les rapporte aux Centumvirs et non aux récupérateurs ; mais comme il est question de dissentiment sur le montant de la condamnation, il ne peut être question des Centumvirs qui décidaient seulement si le *Sacramentum* était *justum* ou non, comme l'a prouvé P.-F. Girard, *Les Jurés de l'action d'injures* (Mél. Gérardin, 1907, p. 276, n. 4).

(2) Il résulte de Gaius, *Instit.*, I, 20, que les récupérateurs sont les juges de droit commun des provinces, puisqu'il n'y a que des listes de récupérateurs, au *conventus*. — L'emploi du mot *recuperator* pour désigner l'autorité *in judicio* en général (Apulée, *de Mundo*, 35), puis pour désigner tout juge en général (Lactance, *Inst. Div.*, III, 20, §§ 16 et 17) a été révélé par M. P.-F. Girard, *Les Jurés de l'action d'injures* (Mél. Gérardin, 1907, p. 260, n. 2).

D. — Le « *judex unus* ».

Le juge unique, simple particulier chargé par le magistrat, d'office, ou d'accord avec les parties, de trancher tous les différends entre citoyens romains, d'après la plus ancienne constitution romaine, est resté pendant toute la durée du Principat le juge de droit commun à Rome, compétent dans tous les cas où un texte législatif formel n'attribuait pas compétence à une autre juridiction ordinaire ou administrative (1). En pratique cependant, dans les provinces impériales de façon absolue, dans les provinces sénatoriales dans une bien moindre mesure (2), enfin en Italie et même à Rome, tardivement, il vit son importance décroître et son rôle diminuer par suite des empiètements incessants, légaux ou non, des fonctionnaires impériaux (3).

Cependant, bien que, numériquement parlant, les causes qui lui étaient soumises au commencement du III^e siècle, fussent certainement les moins nombreuses de beaucoup, il avait conservé en théorie, et dans la capitale même en pratique, sa place de juge proprement romain, de droit commun, celui auquel pensaient pres-

(1) En ce sens : Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, p. 360, 361. — En sens contraire, la théorie abandonnée aujourd'hui de Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 229 et s., d'après laquelle les récupérateurs auraient été compétents de droit commun.

(2) Partsch, *Schriftformel im römischen Provincialprozeesse* (1905), p. 61 à 69 ; P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1064 et s. ; E. Cuq, *Inst. Jur.*, II, p. 865 ; Pernice, dans *Archivio Giuridico*, 1886, *passim*, et Boulard, *Instructions écrites au juge-commissaire dans l'Egypte romaine* (Thèse, Paris, 1906), p. 1, n. 1 *in fine*.

(3) V. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, p. 346 ; P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1062 et s. ; Ed. Cuq, *Inst. Jur.*, II, p. 866.

que inévitablement les jurisconsultes en écrivant leurs ouvrages. C'est en conséquence celui que nous sommes autorisés à reconnaître dans les textes quand l'un de ces jurisconsultes, ayant d'abord clairement parlé de l'*unus judex*, continue ses développements sans marquer, par quelque précision nouvelle, qu'il entend parler d'une autre autorité judiciaire.

Son caractère de juge le plus ancien d'origine et le plus constitutionnel a rendu plus invraisemblable encore pour lui que pour tout autre juré la possibilité de faire appel de la *sententia*, c'est-à-dire du *sentiment* qu'il éprouve et manifeste après avoir entendu les parties en litige (1).

Cependant les textes de l'époque impériale nous donnent de fortes raisons de croire que le juré unique n'a pas conservé jusqu'à sa disparition la souveraineté qu'il avait à coup sûr sous la République.

(1) Un seul auteur, à notre connaissance, s'est fait à cet endroit la plus étrange idée du rôle du *judex unus* en procédure romaine. M. von Velsen (*Die exceptiones praejudiciales*, p. 60-61, 62, 63), sur la foi d'un passage de Quintilien, *Inst. Or.*, 11.1.78, qu'il a pris trop au pied de la lettre, considère l'*unus judex*, dans certaines matières réelles, comme statuant sur les procès en première instance seulement. Sa sentence n'aurait pas le caractère d'une *pronuntiatio*, terme qui paraît bien technique en matière réelle. Le défendeur à la pétition d'hérédité pourrait contredire (*negare*) à la sentence qui le condamne. Le demandeur (*petitor*) prononcerait alors la formule sacramentelle : *Quando tu negas, ego te sacramento provoco* ! et l'affaire serait tranchée en seconde instance devant les Centumvirs ou, au cas de procès de liberté, devant les *Decemviri stlitibus judicandis* avant Auguste et devant les récupérateurs ensuite. De même, en matière criminelle, les *Quaestiones* auraient, dans ce système, jugé en appel à la place du peuple (*pro populo judicare*) les causes tranchées en première instance par le magistrat. — Cette curieuse hypothèse n'a trouvé aucun écho chez les interprètes récents ; elle va à l'encontre de trop de notions solidement établies pour avoir quelque chance de succès.

α) Un premier indice de sa situation nouvelle ressort de textes relatifs aux actions réelles intentées par voie de *sponsio*. On sait que ce mode d'agir subsista sous le Principat à côté de la formule pétitoire (1). Le défendeur en possession, invité et au besoin contraint par le magistrat, devait s'engager à payer une certaine somme d'argent s'il contrevenait à l'une des trois clauses : *ob rem judicatam*, *ob rem non defensam* et *de dolo malo*. Cette stipulation *pro praede litis et vindiciarum* était renforcée par l'intervention de cautions, « *sponsores* ». Ces *sponsores* devaient être *idonei*, c'est-à-dire : être du sexe masculin, n'être pas esclaves, n'être pas mineurs de vingt-cinq ans, n'être pas au service militaire, etc. (2). A défaut de quoi ils pouvaient être récusés par le demandeur. S'il s'élevait une contestation sur l'un de ces points entre les plaideurs, la solution en était confiée par le magistrat à un *arbiter* ; mais il semble bien que celui-ci n'avait pas à vérifier le degré de solvabilité de la caution proposée (3). On ne

(1) Gaius, *Inst.*, IV, 91 et 94.

(2) V. Ulpien, XIV *ad Edict.* (Dig. 2. 8. 7. pr.) et Paul, XIV *ad Edict.* (Dig. 2. 8. 8. 1 à 3). — Cf. Pomponius, dans Ulpien, XI *ad Edict.* (Dig. 4. 4. 7. 3).

(3) Dans l'hypothèse de Pomponius (Dig. 4. 4. 7. 3), l'arbitre n'a pas pu avoir à vérifier la solvabilité du mineur. Qu'importerait au mineur qu'il ait été déclaré solvable par un arbitre ou accepté comme tel par le demandeur ? Sa situation serait toujours aussi mauvaise, sans que l'on voie par où le demandeur était moins en faute dans en cas que dans l'autre. La distinction de Pomponius s'explique mieux si l'on admet que le rôle de l'arbitre a été de rechercher si la caution proposée était mineure ; si l'arbitre l'a crue majeure et l'a imposée au demandeur, celui-ci sera à l'abri de toute réclamation du mineur ; si au contraire il a accepté cette caution sans faire vérifier son âge, il est en faute et le mineur aura la *Restitutio in integrum*. Quant au texte de Paul, LXXV *ad Edictum* (Dig. 2. 8. 10) il ne prouve pas non plus que l'arbitre ait examiné la solvabilité des *sponsores*,

peut donc pas les ranger *à priori* dans la catégorie de ces arbitres donnés *extraordinem* pour faire une enquête et exprimer leur avis dans des cas de simple incertitude matérielle (1) ; ils sont chargés de reconnaître l'état juridique ou administratif de la personne proposée comme caution. — Deux textes nous parlent de l'appel à l'encontre de la sentence de ces arbitres.

GAIUS, Lib. V. ad Edictum provinciale (Dig. 2.8.9).

Arbitro ad fidejussores (sponsores) probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur, perinde ab eo atque ab iudicibus (recuperatoribus) appellare licet.

PAUL, Lib. sing. de Appellationibus (Dig. 49.2.2).

Quaesitum est, in arbitros qui ad fidejussores (sponsores) probandos dantur, an appellare liceat ; [quamvis hoc casu et sine appellatione quidam putent ab eo qui eum dedit, sententiam ejus corrigi posse] (2).

surtout si l'on tient compte de ce que toute la première phrase du texte est de Cujas et non de Paul (V. édition Mommsen), ce que semble n'avoir pas suffisamment remarqué M. Lenel (*Palingénésie*, Paul, n° 819). — Cf. Lenel, *Edit. Perp.*, I, p. 152.

(1) Sans préjuger de leur caractère ordinaire ou extraordinaire, Bekker, *Aktionen*, II, p. 209, les range cependant parmi les arbitres chargés de vérifier des points de fait ; Wlassak, *V° Arbitrer* (Pauly-Wissowa, II, p. 411) en fait pour cette raison des arbitres extraordinaires. Dans le même sens : Keller (ed. Wach.), *R. Civilprocess*, § 81, note 975 *in fine* ; Pernice, dans l'*Archivio Giuridico*, 1886, p. 146, et Lécivain, *Appel des juges-jurés* (*Mélanges d'Arch. d'Hist. de l'Ecole de Rome*, 1888, p. 191, note 1).

(2) La proposition placée entre crochets est visiblement interpolée. Cela résulte du désaccord de nombre qu'il y a entre *arbitros* au pluriel dans la première phrase et *eum*, *ejus* au singulier dans la seconde (inaperçu de Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 527, n. 34, *in fine*). En outre la seconde phrase ne répond pas du tout

Le problème traité dans les deux textes est visiblement le même (1). Tous deux peuvent donc également nous aider à rechercher ce qu'étaient ces *arbitri ad sponsores probandos*. — Nous voyons qu'au point de vue de l'appel Gaius les compare à ces *judices* en qui nous avons reconnu avec vraisemblance les récupérateurs ou plus largement les jurés, mais qu'en tous cas il est bien difficile d'entendre des juges statuant *extraordinem*. Or, si l'on admet ce point de départ, il est impossible de supposer que Gaius ait pu conclure de l'appel des jurés à celui des arbitres-commissaires. Ce dernier allait d'ailleurs de soi ; il reposait sur la plus simpliste des règles de la délégation et l'on s'expliquerait mal qu'il ait pu y

à la question posée dans la première. Enfin, si le fragment donnait, comme le croient encore presque tous les interprètes, non pas la faculté d'appeler, mais bien celle de se passer d'appel, la commission de rédaction du Digeste aurait inséré ce passage de Paul non pas au titre II, sous la rubrique *A quibus appellare non licet*, où nous le voyons, mais au titre VIII, sous la rubrique : *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*. La finale est sûrement une adjonction peu adroite, visant une habitude nouvelle qui aurait été prise au Bas-Empire par certains magistrats de reviser dans ce cas (*hoc casu*) et sans en être priés les sentences de leurs commissaires. — La correction *fidejussores* = *sponsores*, résulte de la place même occupée par le premier fragment au Digeste et dans le livre V du commentaire *ad Edictum Provinciale* de Gaius. Elle n'a d'ailleurs aucune importance pour ce qui nous intéresse. — Pour la correction *judicibus* = *recuperatoribus*, V. *suprà*, p. 85 et s.

(1) Que Paul, postérieur à Gaius, ait donné à sa phrase une forme interrogative tandis que celui-ci lui a donné une forme affirmative, cela s'explique par la différence de nature des ouvrages d'où sont extraits ces fragments. Paul traite la question dans un ouvrage spécial à l'appel et fait l'historique de la controverse dont Gaius n'a qu'à signaler la solution quand il rencontre les *sponsores*, en commentant dans son *Edictum provinciale* le titre *de Satisfando*. — Cf. Lenel, *Palingen.*, Gaius, n° 124.

avoir des doutes, sous les Antonins, sur un principe aussi universellement reçu. — Tout au contraire, si ces arbitres sont donnés selon les règles de l'*Ordo*, le doute, à un moment déterminé, s'explique par les flottements de doctrine qui purent se produire au moment d'une réforme dans l'appel des jurés, sous Antonin le Pieux (1).

Enfin, nous devons remarquer qu'il est peu vraisemblable que les proconsuls et bien moins encore les préteurs à Rome, aient nommé des arbitres statuant *extra ordinem* dès la période républicaine, ni qu'ils aient pu statuer toujours eux-mêmes, *causa cognita*. Il a donc bien fallu, au début, que ces arbitres fussent donnés conformément aux règles de la procédure de l'*Ordo judiciorum*. Quant à croire qu'il y ait eu un changement dans les habitudes de ces magistrats, c'est ce qui n'est ni prouvé ni même vraisemblable, car le fait que Paul traite en termes généraux et dans une monographie, de la même question que Gaius *ad Edictum provinciale* interdit de croire que les *arbitri* de ce dernier soient ceux de la province d'Asie seulement, devenus arbitres-commissaires plus tôt qu'à Rome. Or, à Rome, on connaît la répugnance du préteur à nommer spontanément des juges-commissaires statuant par voie administrative.

En définitive, nous croyons qu'il y a les plus grandes vraisemblances à ce que les arbitres dont Gaius admet la faculté de faire appel soient des *arbitri* statuant conformément aux règles de la procédure formulaire (2).

(1) V. *infra*, p. 116 et ss.

(2) Ces arbitres sont considérés comme donnés par le préteur ou les proconsuls, *secundum ordinem judiciorum* par Gradenwitz et Kübler, auteurs de l'article *arbiter* dans le *Vocabularium jurispr. romanae*. — Dans le même sens : Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*,

β) Le texte sur lequel ont principalement porté les discussions à propos de l'appel du juré de l'*ordo* est un texte d'Ulpien, extrait du livre XIV de ses commentaires *ad Edictum*, où le Jurisconsulte traitait de la *Querela inofficiosi testamenti* (Digeste, 5. 2. 8. 16) :

(Non solum si centumviri, sed et) (1) si ex causa cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est : et suus heres erit secundum quem judicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit : et libertates ipso jure non valent : nec legata debentur ; sed soluta repetuntur, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur ; fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit. Et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.

Ce texte a été fréquemment attribué à la procédure ex-

p. 528 ; Merkel, *Appellation*, p. 66 et 68 et Kipp, *Vo Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 199, ligne 18). — Ils devaient sans doute croyons-nous, être saisis par une formule préjudicielle, sans *condemnatio*, les chargeant de s'enquérir de la situation contestée du *co-sponsor* proposé. — Peut-être pourrait-on imaginer aussi le jeu d'une procédure *per sponsionem*.

(1) Nous admettons la restitution quant au sens qu'a proposé Lenel (*Paling.*, II, Ulpien, n° 501) pour compléter le texte tel qu'il nous est parvenu. M. C. Chabrun (*Querela inoff. test.*, p. 124-125) l'admet également, bien qu'en termes un peu différents, après avoir montré ce qu'aurait de vraiment ridicule ce texte si on l'attribuait au juge-commissaire, ainsi que fait Eisele (*Z. Sav. St.*, 1894, p. 277). Nul besoin en effet de dire que la sentence de rescision prononcée par le juge-commissaire aura la même force que celle qu'aurait prononcée son mandant ; et surtout, pouvons-nous ajouter, il serait plus invraisemblable encore que deux rescrits aient été nécessaires pour affirmer et faire recevoir une telle proposition.

traordinaire (1). Mais seul à notre connaissance, Eisele a donné un argument en faveur de cette thèse : l'appel, mentionné par Ulpien, serait la preuve qu'il s'agit d'une *cognitio*. Or nous ne pouvons naturellement nous arrêter à cette affirmation, dont précisément nous étudions la valeur (2).

Deux termes seulement pourraient être relevés et invoqués comme des indices de *cognitio*, les mots : *cognoverit* et *pronuntiaverit* qui se rencontrent en effet fréquemment en procédure administrative. Mais le mot *cognoscere* se rencontre aussi dans des textes relatifs à coup sûr aux jurés (3), et le mot *pronuntiare* est technique en matière d'actions réelles en général et de pétition d'hérédité en particulier (4). Il n'y a donc, à vrai dire,

(1) En ce sens, mais sans aucune raison donnée : Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 526 ; O. Martin, *Centumvirs*, p. 86, n. 1 ; Keller (éd. Wach), *R. Civilprocess*, § 82, n. 995 ; Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 272, n. 1. — Le sans-gêne avec lequel ce dernier attribue tous les textes gênants à la procédure extraordinaire a motivé une protestation timide de Wlassak, *Röm. Processgesetze*, I, p. 218.

(2) Eisele, *loc. cit.*, s'appuie aussi, pour la *Querela* en général, sur le sens technique de certains mots : *Querela, accusare, libelli datio*. Mais M. Chabrun, *Querela inoff. test.*, p. 131 et suiv., a montré le peu de valeur de cet argument d'ailleurs trop général pour être probant en faveur de notre texte particulier. De même, les mots *ex causa* ne peuvent signifier « par délégation ». — V. Chabrun, *op. cit.*, p. 124. — Cf. *suprà*, p. 94, n. 1.

(3) Le plus typique des textes, en ce sens, est de Julien (Dig., 5.1. 74, pr.), *De qua re cognoverit judex pronuntiare quoque cogendus erit*. En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus judex*, Paris, 27 avril 1903. — *Contra*, sans preuves, Eisele, *loc. cit.*, p. 278-279.

(4) La terminologie qui nous occupe a été étudiée, et appréciée comme je fais, par Wlassak, *Röm. Processgesetze*, I, p. 217. — Sur la valeur du mot *pronuntiare* : Adde : Zachariæ, dans *Zeitsch. für g. Rechtswissenschaft*, XIV, 1847, p. 98 et 102. — Cf. Lenel, *Edit. perp.*, II, p. 269 et n. 1. — Nombreux exemples de *cognoscere* et

aucune raison, si minime soit-elle, de voir la procédure extraordinaire en action dans notre texte. — Tout au contraire, avons-nous vu, il y a de grandes invraisemblances de fond pour qu'il en soit ainsi.

Il y a en outre de fortes raisons pour reconnaître dans ce texte la procédure devant l'*unus iudex*. Le long fragment⁸ (Dig. 5.2) à la fin duquel se trouve le paragraphe 16 qui nous intéresse, emprunté au livre XIV *ad Edictum* d'Ulpien, traite visiblement, d'un bout à l'autre de procédure ordinaire (1). Ulpien a d'abord examiné les résultats de la *Querela inofficiosi testamenti* devant les Centumvirs ; au paragraphe 16, il aborde la même étude pour le cas où l'*unus iudex* est compétent (2). Il explique que les résultats

pronuntiare en procédure ordinaire dans Merguet, *Lexikon zu den Reden Cicero's*, à ces mots.

(1) Le *principium* et le paragraphe 1 renferment chacun l'expression *lis ordinata*, technique en procédure ordinaire. V. Wlassak, *Litiskontestation im Formular process.*, p. 72 ; Eisele, *Zur Querela inofficiosi* (*loc. cit.*), p. 278. — Le paragraphe 14 vise manifestement la procédure de l'*ordo*, d'abord parce que le pluriel *judicum*, qu'il soit d'Ulpien, ou qu'il soit le résultat d'une correction des compilateurs, désigne à coup sûr les Centumvirs, ensuite parce qu'il y est fait allusion à la règle des XII Tables en cas d'absence *in iudicio*. Or, le paragraphe 15 (non plus que le frg. Dig. 34.9.4 inséré entre le paragraphe 14 et le paragraphe 15 par Lenel, n. 499) ne décèlent chez Ulpien aucun changement d'idées, l'amenant à parler des cas tranchés *extraordinem*. Nous devons donc penser que le paragraphe 16 lui aussi continue à s'occuper de procédure ordinaire. — Cf. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 217-218 ; M. O. Martin, *op. cit.*, p. 86, note 1, fait le même raisonnement. Il ne peut cependant le pousser logiquement jusqu'au bout et l'appliquer au paragraphe 16, où la mention de l'appel l'arrête, car il admet la théorie négative de Mommsen.

(2) En ce sens, Wlassak, *loc. cit.* ; Lenel, *Edit. perp.*, I, 161 et n. 1 ; C. Chabrun, *Querela inoff. test.*, p. 125 ; Merkel, *Appellation*, p. 65, n. 2, attribue ce texte aux Centumvirs, par inadvertance sans doute.

sont identiques à ceux obtenus par une sentence centumvirale et rattache ce fait à deux constitutions impériales, l'une d'Hadrien et l'autre de son successeur Antonin le Pieux, très vraisemblablement la même que celle précédemment étudiée à propos des Centumvirs (1). Et dès lors, voici quelle est l'hypothèse qui est la plus probable, qui s'adapte le mieux tant à notre texte qu'à ce que nous savons des réformes des Antonins en matière de *Querela* : le tribunal des Centumvirs, grâce à son anonymat, avait pu s'écarter de l'application stricte de la loi en matière de testaments inofficieux et rescinder ceux-ci, sous prétexte de folie du testateur. Le juge unique, dans les cas où il se trouvait être compétent, resta forcément étranger à ce mouvement de jurisprudence, étant isolé, sans tradition corporative, sans cesse sous la menace de se voir pris à partie par l'héritier inscrit et tenu rigoureusement en vertu de l'action *si judex litem suam fecerit* (2). Après Trajan, la nouvelle jurisprudence fut définitivement consolidée, et le besoin se fit sentir de la rendre applicable même devant le juge unique : ce fut l'œuvre du rescrit d'Hadrien (3). Quant au rescrit d'Antonin le Pieux, c'est celui qui permit l'appel aux légataires lésés par l'entente

(1) V. *suprà*, p. 80 et n. 1. Cette identité est admise par tous les auteurs qui ont écrit sur le groupe de textes relatifs à la *Querela*. — V. cependant Merkel, *Appellation*, p. 65.

(2) V. O. Martin, *Centumvirs*, p. 84.

(3) M. O. Martin, *op. cit.*, p. 85 pense que, une fois la jurisprudence nouvelle assez vieillie pour ne plus sembler trop hardie, le *judex unus* lui-même se mit à l'appliquer spontanément. — Cette hypothèse serait acceptable en soi, si le texte que nous étudions ne nous donnait un fort indice que ce fut l'empereur Hadrien qui donna cette force aux jugements du juré unique.

frauduleuse du *Scriptus heres* et du *Querelans* (1), tant devant les Centumvirs que devant le *judex unus*. — Le texte d'Ulpien s'explique ainsi, croyons-nous, d'une façon très simple sans qu'il soit besoin de le remanier sans preuves ni raisons sérieuses. Il donne en même temps une preuve solide de l'existence de l'appel, au moins dans certains cas, à l'encontre des sentences du *judex unus*.

γ) Un dernier texte, dans un tout autre ordre d'idées, nous en donne une nouvelle preuve plus formelle encore que les précédentes. Il est emprunté par le Digeste (3.5.30(31).§ 2), au second livre des *Responsa* de Papinien, annotés par Ulpien.

Litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae ejus allegans iudici : culpam contraxisse non videbitur quod, sententia contra absentem dicta, ipse non provocavit. ULPIANUS notat : hoc verum est, quia frustrator condemnatus est : ceterum si amicus, cum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum ager, poterit ei imputari, si cum posset non appellasset.

(1) Le rescrit d'Hadrien marqua une réforme trop nécessaire à la pratique pour que l'on puisse supposer qu'il ait fallu un second rescrit sous Antonin pour rappeler cette amélioration. Force nous est donc de trouver à ce dernier un domaine nouveau. Il se rapporte sans doute aux mots *nec fuerit provocatum* qu'il serait puéril de soupçonner d'interpolation partout où on les rencontre (Cf. cependant Chabrun, *op. cit.*, p. 125). La tournure un peu embarrassée de la phrase s'explique très bien par ce fait qu'Ulpien a voulu rappeler deux espèces de réformes dans une seule phrase. Peut-être même la mention *nec fuerit provocatum* et le nom d'Antonin furent-ils seulement ajoutés par Ulpien, soucieux de parfaire sa documentation, dans sa seconde édition des commentaires *ad Edictum* (Cf. P. Krüger, *Sources*, p. 290, n. 1).

Papinien et Ulpien ont en vue deux hypothèses presque analogues. Le premier se demande quelle est la responsabilité encourue par l'ami d'un plaideur qui a spontanément présenté au juge les excuses du défaillant mais a ensuite négligé de faire appel de la condamnation. Papinien considère qu'il n'a pas commis de faute. — Ulpien dans sa note distingue formellement de cette hypothèse celle où l'ami n'a pas seulement excusé le défaillant, mais a défendu à sa place comme *procurator*, et a été condamné. S'il a négligé de faire appel, il se verra repoussé quand il agira par l'action *negotiorum gestorum* en vue de recouvrer ce qu'il a payé, comme condamné à la place du défaillant. — Tel est le fond même de la question (1) ; nous devons maintenant rechercher à quelle procédure pensait Papinien en écrivant son *responsum*.

En dehors de la mention de l'appel, il n'y a aucune raison de voir dans ce texte trace de procédure extraordinaire. Au contraire, il y a un indice et une preuve qu'il s'y agit de procédure ordinaire et une autre preuve qu'il ne peut être question de *cognitio*.

D'abord l'expression : *lis in judicium deducta et a reo deserta* s'entend beaucoup plus textuellement de la procédure de l'*ordo* que de celle des *cognitiones* (2),

(1) Quelqu'importants remaniements dont on veuille soupçonner le texte — et à vrai dire, on ne l'en soupçonne pas — il est certain qu'il visait primitivement comme aujourd'hui la responsabilité de celui qui se présentait en justice pour autrui et ne faisait pas appel quand il le pouvait. Le parallélisme entre le texte de Papinien et celui d'Ulpien ne permet aucun doute sur le fond même de la question résolue.

(2) *Lis in judicium deducta*, suppose en effet une première phase terminée où le défendeur était présent. — Cf. Wlassak, *Rom. Prozessgesetze*, II, p. 42 et n. 7. — De même, *lis a reo deserta*, suppose

sans que l'on puisse dire d'ailleurs que sa présence à elle seule soit une preuve décisive de procédure ordinaire.

Quant à la preuve, elle résulte des particularités de chacune des deux procédures, en ce qui concerne les pouvoirs du juge au cas d'absence du défendeur. Le texte de Papinien suppose certainement la procédure de l'*ordo*, car il fait application de la règle des XII Tables : *praesenti litem addicito* qui obligeait le juge à condamner l'absent sans examiner l'affaire et sur la simple constatation que les excuses fournies ne rentraient pas dans les cas prévus par la loi (1).

Enfin, il y a une impossibilité absolue à ce que la question prévue au texte puisse seulement se poser en procédure extraordinaire. Dans celle-ci, toute désobéissance à un ordre du magistrat, ordre de comparution (*denuntiationibus, litteris* ou *edictis*) (2), ordre d'exhibition, etc., est qualifiée du nom de *contumacia*. Mais, de ce terme général, on désigna, dans un sens plus étroit, l'absence en procédure extraordinaire, tandis que l'absence en procédure ordinaire prenait le nom de « *eremodicium* » (3). Le dédain de l'autorité que décelait l'absence

une action judiciaire en cours d'exercice et à laquelle l'adversaire cesse de défendre. Or, ni l'une ni l'autre de ces deux expressions ne s'entend bien en dehors de la séparation de la procédure en deux phases, *in jus* et *in iudicio*.

(1) V. plus haut, p. 74. — Cf. Eisele, *Abhandlungen*, p. 187 ; Wlasak, V^e *Absentia* (Pauly-Wissowa, I, p. 121) ; Hartmann, *Das röm. Contumacialverfahren*, p. 130. — En ce sens également Tuhr, *Die actio de in rem verso*, p. 60 et n. 85.

(2) Selon Paul, *Sent.* 5.5a 6 (ou 7).

(3) Outre que le sens primitif et large du mot *contumacia* ne convient nullement à l'inobservation de l'engagement privé de se présenter *in iudicio*, il est à remarquer que, sur les 46 textes contenant

dans la procédure de la *cognitio*, comme aussi le devoir qu'avait le juge de ne condamner l'absent qu'après un examen sommaire de la cause (1), firent que l'on fut particulièrement sévère pour le *contumax*. Si la *contumacia* était avérée, c'est-à-dire si aucune excuse n'avait été admise (2), l'absent condamné ne pouvait ni faire appel

ce mot ou ceux de la même racine dans le *Vocabularium Jurispr. rom.* — et en laissant de côté les 32 passages où il a un sens général, non technique, — les 14 fois où il a un sens technique, il se rapporte à la procédure extraordinaire. Au surplus, la définition qu'en donne Hermogénien (Dig. 42.1.53. le paragraphe 1 en particulier) ne peut laisser aucun doute à cet endroit. Cf. Kipp, V° *Contumacia* (Pauly-Wissowa, IV, p. 1065 et s.). — Quant au terme *eremodiciū*, rien ne conduit à en faire le synonyme de *contumacia*. C'est plutôt le terme tardif, d'origine grecque (ἐρημο[ς] δίκη ou mieux ἐρημο[ν] ἐν δίκῃ), par lequel on désigna l'absence *in judicio* de la procédure ordinaire. — En ce sens : Kipp, V° *Eremodiciū* (Pauly-Wissowa, VI, p. 417 et s.). ; Mainz, *Dr. romain*, I, p. 510, n. 42 ; Wlassak, V° *Absentia* (Pauly-Wissowa, I, p. 121). — Cependant, Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 159, n. 1. [*Strafrecht*, S. 472] paraît vouloir désigner par ce mot la procédure extraordinaire par *contumacia*. Même erreur dans la rubrique restituée par Lenel, *Paling.*, II, p. 996. — L'emploi fait par M. P.-F. Girard (*Manuel*(4), p. 1029 et n. 4, p. 1037, n. 3, p. 1068) du mot *eremodiciū* pour désigner la procédure extraordinaire d'absence consécutive aux trois édits est un simple lapsus de terminologie. L'erreur de MM. Mommsen et Lenel paraît provenir de l'emploi fait par Justinien du mot *eremodiciū* comme synonyme de *contumacia* (Code J. 3.1.13.4). Mais cette synonymie tardive ne préjuge pas de sens spécial qu'avait le mot, au temps de la procédure classique.

(1) La différence avec la procédure ordinaire est mise en relief par Ulpien (Dig. 5.1.73, pr.). — Cf. Justinien (Code Just., 3.1.13.3).

(2) Cf. Kipp, V° *Contumacia* (Pauly-Wissowa, IV, p. 1167, ligne 60 et s.). L'opposition de traitement entre l'*absens per contumaciam* et l'*absens* est particulièrement frappante au Code Grégorien, 10.1, où la première constitution rappelle la privation de la faculté d'appel dont sont frappés les *absentes per contumaciam* et la seconde rappelle comme une règle de droit des plus connues que la sentence obtenue contre

de la sentence ni *in duplum revocare* (1). Or, le cas soumis à Papinien n'était pas un cas de simple *absentia* de procédure extraordinaire, puisque précisément les excuses qu'a fait donner l'absent n'ont pas été agréées par le juge (2). Nous sommes donc en face d'une absence

un *absens* est de nul effet. — Cf. en procédure attique la *Δίκη μὴ ὀψα*. Hudtwalker, *Diäteten*, p. 100, n. 47 et Meier-Schömann-Lipsius, *Attische Process*, p. 974.

(1) Cette règle, une des mieux établies de la procédure des *cognitiones*, apparaît dans les sources avec Scaevola, au II^e siècle (Dig. 49.1.28.1). Elle y a encore la portée d'une punition commune à toute *contumacia*, puisque l'appel y est interdit à un plaideur qui a refusé non pas de comparaître, mais d'exhiber un titre. Restreinte à l'*absentia per contumaciam*, elle est exprimée par Papinien (Dig. 49.1.23.3) en des termes assez restrictifs, car il s'agit d'une espèce déterminée puisque le fragment est un *responsum* : *Eum qui cognovit edictum peremptorium, secundum ordinis causam dati placuit non recte provocasse, cum in ejus potestate fuerit ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere*. Elle est mentionnée également par Ulpien dans son ouvrage : *de omnibus Tribunalibus*, livre IV (Dig. 5.1.73.3). Paul (*Sent.* 5.5^a 6 (7) et 7a) l'exprime le plus largement : *Trinis litteris vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus nisi ad judicem, ad quem sibi denuntiaturum est aut cujus litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet : quin immo nec appellari ab ea potest. Ab ea sententia quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest*. La règle est rappelée, à un nommé Sabinus qui avait fait appel, par l'empereur Caracalla dans un rescrit du 7 juillet 213 (Code Just. 7.65.1) et, en termes presque identiques à ceux de Paul, le 22 mars 227 à Crescens, par l'empereur Alexandre Sévère (Code Grégorien, 10.1.1). Enfin, Justinien en 530 (Code Just., 3.1.13.4) et en 539 (Nov. 82.5) en atteste par deux fois la persistance en procédure byzantine. — Cf. Kipp, V^e *Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 197, ligne 56 et s.) et V^e *Contumacia* (id. IV, p. 1067, ligne 51 et s.).

(2) Il saurait encore moins être question de dire que l'hypothèse de Papinien est une hypothèse d'absence sans contumace, bien que les excuses n'aient pas été agréées. En effet, même en admettant qu'il y ait de telles absences inexcusables mais sans *contumacia*, il

inexcusable. Ce ne peut être l'*absentia per contumaciam* de la procédure extraordinaire, puisque celle-ci exclut mécaniquement l'appel et que, tout au contraire, la question même soulevée au texte est une question de responsabilité d'un représentant qui a omis de faire appel. Ce représentant ne pouvant être responsable des'être abstenu d'un acte impossible, il faut bien admettre, puisque le texte pose la question de sa responsabilité et que celle-ci suppose l'appel possible, que nous ne sommes pas en face d'un cas d'*absentia per contumaciam* mais en face d'un cas d'absence *in judicio*, en procédure ordinaire, un cas d'*eremodicium*. Indirectement ainsi, nous avons une nouvelle preuve que Papinien pensait à la procédure ordinaire dans le texte qui nous occupe.

L'existence de la faculté d'appel à l'encontre des sentences du *judex unus*, à l'époque du Principat, trouve donc dans les textes une base solide.

Mais nous ne saurions en conclure que l'appel était possible dans tous les cas. La réticence qui termine la note d'Ulpien sur le texte de Papinien : *poterit ei imputari si, cum posset, non appellasset* fait soupçonner des cas où l'on ne pouvait pas faire appel et où le juré unique statuait en toute souveraineté, comme au temps de la constitution républicaine.

n'en resterait pas moins que le problème soulevé par Papinien n'aurait pas de raison d'être, puisque la sentence n'aurait pas de force, selon la règle rappelée par Dioclétien (Code grég., 10.1.2). Pourquoi l'absent reprocherait-il à son représentant ou à son ami de n'avoir pas fait appel de cette sentence qui ne le touchait pas ? Il ne pourrait même pas le rendre responsable d'avoir omis d'appeler puisqu'il n'y aurait eu aucun intérêt pécuniaire lésé.

TROISIÈME PARTIE

ESSAI DE RECONSTITUTION DE LA THÉORIE DE L'APPEL EN PROCÉDURE ORDINAIRE

I

LES CAS D'APPEL.

A. — Il ne saurait être mis en doute, avons-nous vu, que des traces très manifestes d'un appel en procédure ordinaire se rencontrent dans les textes juridiques. Que la faculté d'appel ait existé à l'encontre des sentences des *Quaestiones* criminelles, des Centumvirs, des récupérateurs et de l'*unus judex*, c'est certain pour les uns et vraisemblable pour les autres. Mais il est moins certain que cette faculté ait été donnée dans tous les cas, sans restriction d'aucune sorte.

La façon même dont Ulpien s'exprime dans la note sur le *responsum* de Papinien, qui vient d'être étudié fait douter que la portée de l'appel ait été absolue. La responsabilité du représentant en justice n'était pas engagée, quand l'appel était impossible (1). Or, nous savons que

(1) Papinien, Digeste, 3.5.30.2, *in fine*.

ce texte ne peut pas avoir été écrit pour la procédure extraordinaire, et qu'il parle manifestement de procédure formulaire (1). C'est donc un avertissement qu'il y avait de restrictions à cet appel dont nous avons reconnu l'existence.

Une première base de différenciation a été proposée. Le *judicium* organisé par le magistrat en vertu et selon les règles de la loi *Aebutia* serait seul définitif. Quant au *judicium imperio continens* sa fragilité permettrait au magistrat qui l'a spontanément créé de toutes pièces de l'annihiler sur la demande (*appellatio*) de la partie mécontente du jugement (2). La distinction se conçoit assez bien, mais elle manque de tout appui dans les textes.

Il n'en est pas de même d'un autre critérium, dont l'existence semble bien résulter de quelques témoignages littéraires, d'une façon de s'exprimer d'Ulpien, ainsi que de vraisemblances historiques assez fortes. Nous retrouverons ces dernières en faisant l'étude historique des origines et du développement de l'appel des jurés de l'*ordo*. Bornons nous ici à établir le principe, à l'aide des textes littéraires et juridiques.

Le critérium le plus vraisemblable repose sur le mode de nomination des jurés chargés de juger l'affaire. Si la volonté de chacune des deux parties a été la cause déterminante du choix de tel individu comme juge et que celui-ci ait été simplement *addictus* (3) par le magistrat,

(1) Voir plus haut, p. 103.

(2) Voir Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 323, n. 3 et p. 324, n. 2 [*Strafrecht*, S. 275, f.]. — Cf. plus haut, p. 84.

(3) Il semble bien qu'à la différence de ces termes : *datus*, *addictus*, corresponde une différence de signification. *Addicere* désigne l'acte du magistrat qui condescend au désir des parties. V. Wlassak, *Vº Addicere* (Pauly-Wissowa, I, p. 330). Ici, *addicere judicem*, c'est investir le

alors, l'appel de la sentence rendue par lui est impossible (1). Si au contraire la volonté des parties n'a joué aucun rôle ou seulement un rôle négatif au moyen des *rejectiones* et que le juge ait été donné par le magistrat, c'est-à-dire ait été, au sens étroit, un *judex datus*, alors l'appel est recevable. La différence de traitement est justifiée par le degré de responsabilité des parties dans le choix du juge. Celui qui a choisi en toute liberté un arbitre dans son différend avec un autre, doit s'incliner devant sa sentence, si injuste soit-elle, parce qu'il est responsable de son choix.

Cette idée très simple est exprimée en termes décisifs par Ulpien (Dig. 4.8.27.2) :

Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit : et sibi imputet qui compromisit (2) !

Elle est de même considérée, comme un de ces postulats sur lesquels on s'appuie sans les démontrer, par un auteur littéraire grec, Lucien (3).

juge choisi par les deux parties. *Dare judicem* suppose un rôle moins passif de la part du magistrat : il impose un juge, à l'aide de certaines formalités, à des plaideurs qui n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur le nom de quelqu'un. Les textes emploient quelquefois l'expression large *judex datus* pour désigner le *judex addictus*, mais l'inverse ne se rencontre pas. Enfin, comme les lois positives ont pris soin de toujours distinguer la *datio* de l'*addictio*, il faut qu'il y ait eu sans aucun doute une différence. V. par exemple : *Lex Julia agraria* de 695, ch. V (ou LV) et *Fragm. Atestinum*. — Cf. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 264, n. 2.

(1) *Contra*, mais sans justification : M. Fournier, *Hist. du droit d'appel*, p. 65.

(2) Ulpien parle, il est vrai, de l'*arbiter ex compromisso*, qui n'est pas même *addictus* par le magistrat. Mais la raison qu'il donne est tout aussi vraie du *judex addictus*, puisqu'au point de vue du recrutement ils ont la même origine : la volonté des parties.

(3) Lucien, Ἀποκηρυττόμενος, § 11. α ...οἷς γὰρ ἐξῆν μὴδὲ τὴν ἀρχήν

La conséquence pratique, l'appel des sentences de jurés tirés au sort, est, croyons-nous, très clairement indiquée, pour le droit romain, par Pline l'Ancien et par Lucien, au milieu du Principat.

Pline l'Ancien (*Hist. Nat.*, *Praef.*) s'exprime ainsi :

« Est quaedam publica etiam eruditorum rejections.... Sed haec ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat.... Adeo summum quisque causae suae judicem facit quemcumque [cum] eligit. Unde provocatio appellatur (1). »

Il est amené à rappeler ces règles de procédure en comparant son acte de dédicace au Prince au choix d'un juré chargé d'examiner un point litigieux. Dans un développement long, confus et entrecoupé d'anecdotes, Pline dit qu'il s'est privé du droit de récuser son juge parce qu'au lieu de le recevoir du sort, il l'a choisi et qu'ainsi, en ou-

ἐμμένειν, εἰ τούτους τις αὐθαιρετος εἰλετο, στέργειν ἔστι δικαίος τοῖς ἐγνωσμένοις. » Cf. plus bas, p. 111.

(1) *Cum*, qui se trouve dans tous les manuscrits, est cependant supprimé par Detlefsen (t. I, p. 16). Quant aux trois derniers mots, ils sont considérés à juste titre par Bethmann-Hollweg (*Röm. civil-process*, II, p. 459, n° 16) comme incompréhensibles. Peut-être faut-il corriger *appellatur* en *rePELLitur*, ce qui donnerait un sens général satisfaisant, ou admettre une erreur de copie dans le mot *provocatio*, ou encore prendre *provocatio* dans le sens d'*electio judicis*. — Merkel (*Appellation*, p. 41, note 2) considère cette petite phrase comme une glose obscure. — Cf. *id.*, p. 110. — Il serait très favorable à notre thèse qu'il en fut ainsi, car cela prouverait qu'un lecteur, connaissant vaguement les rapports de ce texte avec l'appel, crut devoir mettre cet éclaircissement marginal à une époque où ce que dit Pline risquait d'être incompris par suite de changements de procédure. Or, cette époque serait très reculée, puisque la glose marginale serait passée dans le texte à une date antérieure à celle du plus ancien manuscrit que nous ayons de Pline.

tre, il en a fait le juge suprême de sa cause (1). C'est reconnaître implicitement que si le juge avait été tiré au sort, il n'aurait pas connu de la cause en dernier ressort, n'étant plus le « *summus iudex causae* » (2).

La souveraineté du juré choisi librement par les plaideurs est encore attestée par un écrit de jeunesse de

(1) Cette idée que le juge choisi par les parties ne fut pas susceptible d'appel, a été indiquée en passant, mais à peine soutenue, par Bethmann-Hollweg (*Röm. Civilprocess*, II, p. 459, n. 16), à une époque où tout le monde admettait l'appel des jurés : « Selbst Appellation gegen das Urtheil des erwählten Iudex an den Magistrat scheint hiernach ausgeschlossen zu sein. » Merkel (*Appellation*, p. 110) la déclare insoutenable comme s'appuyant sur la petite glose signalée ; or je l'appuie, non sur cette glose, mais bien sur l'ensemble du texte.

(2) Selon M. P.-F. Girard (Cours de Pandectes sur l'*Unus Iudex*, Paris, 27 mars 1903) la grosse différence annoncée par le *plurimum refert* serait celle qui résulte de Cicéron, *Pro Roscio com.*, 15.45. Quand une personne a, dans un procès, proposé un juge, elle ne sera pas libre de le récuser dans un autre procès. — Que ce soit là un des intérêts de la distinction, c'est certain. Mais ce n'est pas le seul. Il résulte du texte même de Pline que, lorsqu'il n'y a pas eu de tirage au sort, il n'y a pas de *rejectiones*, c'est-à-dire sans doute que l'ancien système des *procationes* et des *rejectiones* de noms pris sur une liste limitée n'a pas survécu de beaucoup à la République, et que l'on pouvait seulement sous le Principat opérer quelques *rejectiones* à la suite du tirage au sort. Enfin, il résulte aussi du texte, que le seul juré non tiré au sort était juge en dernier ressort. De ces trois différences, il semble que la première soit précisément celle que n'a pas dû souligner Pline l'Ancien en dédiant son livre à l'Empereur. A coup sûr, ce serait d'un triste courtisan que de montrer au Prince qu'il pense à l'éventualité de désirer et de ne pouvoir le récuser une autre fois ! Pline se vante au contraire de n'avoir pas reçu du hasard un juge quelconque, ce qui lui eût permis de le récuser d'abord ou d'en faire appel, et d'avoir choisi lui-même le Prince. C'est là une marque de confiance dans la sûreté de jugement de celui-ci que Pline, en bon courtisan, n'a garde d'oublier et qu'il développe même un peu longuement.

Lucien, l'Ἀποκηρύττομενος, qui date du milieu du règne d'Antonin le Pieux (150 ap. J.-C. environ) (1). Dans cette déclamation, Lucien suppose la défense, devant les tribunaux, opposée par un fils à son père qui l'a renié deux fois de suite (2). Le fils prétend, qu'ayant été de nouveau admis par son père dans le sein de la famille après une première ἀποκήρυξις, celui-ci ne pouvait pas le renier une seconde fois. Son argument est d'analogie : un père peut renier une première fois son fils, parce qu'il ne l'a pas choisi mais qu'il lui a été imposé au hasard par la nature ; mais quand ce père a de lui-même choisi son fils, soit par adoption, soit en revenant sur une ἀποκήρυξις, il est responsable de son choix et ne peut plus renier son fils ; la même chose se passe devant les tribunaux : si l'on est jugé par un juge tiré au sort, on peut

(1) Si l'Ἀποκηρύττομενος est de Lucien, c'est un de ses premiers essais dans le genre de la déclamation. Il est, selon W. Christ (*Griech. Lit. Gesch.*, p. 541, dans le *Handb. d. Klass. Alterth.*, d'Iwan-Müller, t. VIII) antérieur au Δίς κατηγορούμενος et à l'Εἰκόνες, tous deux composés entre 162 et 165. Selon cet auteur, ainsi que selon M. Croiset, *Essai sur Lucien*, p. 44, l'Ἀποκηρύττομενος a été composé entre 25 et 30 ans, pendant la vie errante que mena Lucien, jeune rhéteur cherchant fortune, à travers l'Asie grecque, la Grèce, la Macédoine, l'Italie et la Gaule, avant son établissement définitif à Athènes, en 164.

(2) L'*abdicatio* dont il est question dans ce texte est une tout autre chose que l'exhérédation romaine. Elle est probablement la renonciation à la puissance paternelle pratiquée des Grecs. Voir Leonhard, V^o *Abdicatio* (Pauly-Wissowa, I, p. 24, ligne 41 et s.) et appelée ἀποκήρυξις, malgré que certains y voient une institution imaginaire, proche mais différente de l'ἀποκήρυξις. Cf. Code Just. 8.46 (47).6. V. Meier-Schömann-Lipsius, *Der attische Process*, n^o 433, note 147, p. 536. — Cf. Thalheim, V^o Ἀποκήρυξις, (Pauly-Wissowa, I, p. 2837, l. 3) ; Id., Dirksen, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des röm. Rechts*, p. 62 et s.

faire appel à une autre juridiction ; si l'on choisit soi-même son juge, on doit s'arrêter à sa sentence :

« ... ὁρᾷτε γάρ που καὶ ἐν τοῖς ἄλλοις δικαστηρίοις ὡς ἀπὸ μὲν τῶν κλήρων λαχόντων διαστώων, ἢ τις ἄδικον οἴηται γεγενῆσθαι τὴν κρίσιν, διδῶσιν ὁ νόμος εἰς ἕτερον ἐφεῖναι δικαστήριον * ἣν δέ τινες ἔκοντες αὐτοὶ σύνθωνται δικαστὰς καὶ προελόμενοι ἐπιτρέψωσι διαιτάν, οὐκέτι » (Ἀποκηρύττομενος, § 11).

Quelque valeur que l'on attribue à l'hypothèse de Lucien, que l'on y voie une pure imagination, où l'*exhereditio* romaine, où l'*ἀποκήρυξις* grecque, il n'en reste pas moins que Lucien n'a pu donner comme base à son raisonnement d'analogie qu'une institution positive, réelle et bien connue. La valeur de son témoignage est donc considérable (1), surtout venant corroborer ce que dit

(1) On ne pourrait en affaiblir la portée qu'en prétendant que Lucien fait allusion non pas aux juges romains, mais aux juges grecs. Tout d'abord, c'est peu vraisemblable, parce que les voyages au cours desquels fut écrit et récité l'*Ἀποκηρυττόμενος*, se déroulèrent principalement dans les provinces les plus romanisées : provinces sénatoriales d'Asie proconsulaire, d'Achaïe, de Macédoine et de Gaule Narbonnaise ; peut-être même l'ouvrage fut-il lu en public à Rome et en Italie. En tous cas un jeune rhéteur visant à la célébrité ne pouvait faire que des allusions susceptibles d'être comprises un peu partout et en particulier des Romains, les maîtres. — Au surplus, la seule institution analogue aux jurés romains et à quoi le texte de Lucien pourrait convenablement s'appliquer est celle des *Διαιτῆται* attiques. Or, ceux-ci sont disparus depuis environ cinq siècles quand écrit Lucien. La dernière mention épigraphique que l'on en ait date de 325 avant J.-C. (dans : Ross, *Ueber die Demen von Attika*, p. 22). La façon dont s'exprime l'auteur anonyme du *Lexicon Cantabrigiense*, p. 673 (édité à la suite du *Photii Lexikon*, par Porsch), porte les hellénistes à croire qu'ils disparurent peu après Démétrios de Phalère, vers l'an 300 av. J. C. V. Thalheim, *V^o Διαιτῆται* (Pauly-Wissowa, V. p. 316, l. 32). De même, le grammairien Pollux (VIII, 126 et 127), au temps de Commode, parle

Pline l'Ancien et donnant la même raison de l'absence d'appel que faisait Ulpien.

Il est en somme très vraisemblable que l'appel ait été permis seulement dans le cas où le juge n'avait pas été librement choisi, mais tiré au sort et *datus* par le magistrat.

B. — Le plus souvent d'ailleurs, sous le Principat, il en était ainsi et l'en était des modes de nomination des jurés statuant *in judicio* montre la rareté relative des cas où ils étaient souverains

Les *Quaestiones*, dans chaque espèce déterminée, étaient composées de citoyens que les parties n'avaient point récusés soit sur la liste spéciale tirée au sort, soit sur la liste de cent membres proposés par le demandeur (1). L'application du principe à cette procédure aboutit à y admettre toujours l'appel, sauf en ce qui concerne les *Quaestiones* formée par *editio* de cent juges par le demandeur et quant à lui seulement; mais aucune preuve de texte ne peut en être apportée.

Les Centumvirs compétents sous le Principat pour juger une espèce, quand le tribunal ne siégeait pas entier, n'étaient aucunement au choix des parties. Tout au plus celles-ci pouvaient-elles exercer quelques récusations sur la liste dressée par le *praetor hastarius* à l'aide de la liste générale formée elle-même annuellement par voie de

toujours des Diétètes, comme d'une institution disparue, au passé, « Ἐκληροῦντο..., πάλαι, etc. ». On ne peut donc admettre que Lucien parle d'eux, comme fait B. Matthiass, *das Griechische Schiedsgericht*, p. 55 (dans les *Juristische Festgaben für Ihering*, de Rostock, 1892). — En ce sens : A. Pischinger, *de Arbitris Atheniensium publicis* (Diss. inaug., Munich, 1893), p. 49.

(1) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 249 et s. [Strafrecht, S. 215].

tirage au sort (1) dans l'album des jurés (2). Ici, donc, aucun choix laissé aux parties et en conséquence, possibilité dans tous les cas d'interjeter appel.

Les Récupérateurs étaient ou choisis d'accord entre les parties (3), ou tirés au sort ; dans ce cas, chacun des

(1) Le texte qui nous renseigne à ce sujet (Dion Cassius, 54.26.6) « ...οἱ δέκα οἱ ἐπὶ τῶν δικαστηρίων τῶν ἐς τοὺς ἑκατὸν ἄνδρας κληρουμένων ἀποδεικνύμενοι », parle des *Decemviri stlitibus judicandis* (οἱ δέκα) désignés pour présider les sections de ceux qui sont choisis par le sort comme *centumviri* (τοὺς ἑκατὸν ἄνδρας). Ce texte qui se rapporte à l'an 741 (13 av. J. C.), selon Goyau (*Chronol. Emp. rom.*, p. 25, n. 1), suppose accomplie la réforme admettant le tirage au sort. — Il n'est aucunement invraisemblable en conséquence de penser que ce fut un des points réglés par la loi judiciaire de 737. — En ce sens : O. Martin, *Centumvirs*, p. 25, n. 1.

(2) On soutenait autrefois l'existence d'une liste spéciale où s'exerçait annuellement le choix des Centumvirs par le sort. V. Mommsen, *Dr. public rom.*, III, p. 265. — Cf. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 564 et Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 202-203. Mais ce dernier auteur lui-même, V^e *Centumviri* (Pauly-Wissowa, III, 1936-1937), approuvé par O. Martin, *Centumvirs*, p. 25 et 26, n. 1, a émis l'idée que les Centumvirs étaient extraits annuellement par le sort de la liste générale des jurés de Rome et qu'ainsi s'expliquait l'absence de toute inscription mentionnant l'honneur d'avoir siégé au tribunal des Centumvirs ; le seul titre officiel et honorifique était d'être *ex quinque decuriis*, le reste n'était qu'une spécialisation de fonction sans intérêt. Ce système est important au point de vue de l'appel, car il nous montre les Centumvirs extraits de la même liste et par le même procédé que les autres jurés de l'*ordo judiciorum privatorum* avec cette seule différence que le tirage au sort était annuel au lieu de se produire au moment même de la nomination du juge dans la formule.

(3) L'existence de récupérateurs choisis par les parties résulte, pour la République, de Cicéron, *Verr. IIa*. 3.13.32 et 3.60.140 et, pour le Principat, de l'*Oratio* de Claude (Papyr. de Berlin, n° 611). Voir : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur les *Récupérateurs*. Paris, mai 1906, et sur l'*Unus judex*, Paris, 13 et 27 mars 1903.

plaideurs avait le droit de faire des récusations (1). L'appel des sentences des récupérateurs ne se produisait donc pas toujours, puisque dans certains cas, ils étaient choisis par les plaideurs.

L'*Unus judex* était, lui aussi, soit choisi par les parties (*sumptus, electus*), soit tiré au sort avec certaines facilités de récusation (2). Il en résulte que l'on ne pouvait pas

(1) Tel paraît avoir été le système de nomination des récupérateurs sous le Principat. En ce sens : Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, p. 198 et 199, et p. 343. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 975, n. 4 et le même, *Cours de Pandectes sur les Récupérateurs*, Paris, mai 1906. — La question de savoir sur quelle liste était opéré le tirage au sort est moins facilement résoluble. Pour les provinces, où la seule liste dressée était une liste de récupérateurs, la question ne se pose pas, il est vrai ; mais à Rome même il est douteux que les récupérateurs aient été tirés au sort parmi les *judices legitime judicantes*. V. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, p. 199 et note 24. — Quant au droit de récusation donné au demandeur comme au défendeur, il est signalé par l'Edit d'Auguste sur l'aqueduc de Vénafurum (C.I.L., X, n° 4842), *in fine* : *Dum reciperatorum rejectio inter eum qui aget et eum quocum agetur ita fiet ut...*

(2) On admet d'ordinaire que, sous l'Empire, un des modes de recrutement de l'*unus judex* fut le tirage au sort. V.E. Cuq, *Instit. jurid.*, I (1), p. 418, n. 4 et I (2), p. 134, n. 6. Cette idée a été vivement combattue par M. P.-F. Girard (cours de Pandectes sur l'*Unus judex*, Paris, 30 mars-3 avril 1903). Elle semble cependant avoir pour elle au moins de forts indices. D'abord, si le système de l'*editio-rejectio* a pu fonctionner seul sous la République, c'est que le récusateur était vite considéré comme de mauvaise foi quand il avait récusé les trente membres d'une décurie de jurés. Sous l'Empire, où l'album comprend des milliers de noms, on ne voit pas comment on aurait pu se passer absolument du tirage au sort. En second lieu, il y a des raisons de textes. Certes, ni Suétone (*Aug.*, 29), ni Ulpien (Dig. 48.5.18 (17) 6) ne se rapportent à l'*unus judex*, mais au contraire aux *Quaestiones* ; de même, on peut croire que *sortiendis iudicibus* de C.I.L., X, n° 5393 se rapporte aux récupérateurs ; mais d'autres textes ne peuvent viser que l'*unus judex*. D'abord Sénèque, *de Benef.*, 3.7. et 3.8.1, paraît contenir une allusion certaine : *non*

toujours non plus faire appel de sa sentence, comme semble dire de lui-même la dédicace de Pline l'Ancien.

Telle était la limitation commandée par le bon sens même et apportée à la pratique de l'appel des jurés de l'*ordo* pendant la première moitié du Principat. Le principe de responsabilité du choix était encore un lieu commun sous Antonin le Pieux, quand Lucien écrivait l'Ἀποκηρυττόμενος et même au début du III^e siècle, du moins en ce qui concernait l'*arbiter ex compromisso*, quand Ulpien écrivait son commentaire *ad Edictum*.

C. — Il est possible que, dans une mesure difficile à préciser, il n'en ait plus été de même environ depuis Marc-Aurèle. Ici, les difficultés augmentent, car à l'incer-

potest ad haec sumi iudex ex turba selectorum... Itaque non haec parum idonea res visa est, quae deduceretur ad iudicem, sed nemo huic rei satis idoneus iudex inventus est: quod non admiraberis si excusseris, quid habiturus fuerit difficultatis, quisquis in ejus modi reum exisset : le mot *exire* désigne en effet la sortie du nom de l'urne. — Ensuite, le texte même de la Préface de Pline dit formellement : *sortiri iudicem*. M. Girard pense qu'il peut être là question soit de récupérateurs, soit plutôt des juges des *Quaestiones*, comme le prouveraient les mots *publica rejectio*. Mais la *rejectio* n'est pas *publica* parce qu'elle intervient dans la procédure de l'*ordo judiciorum publicorum* ; elle est *publica* parce qu'elle se fait en public, qu'il faut prêter serment et que le récusateur doit souvent donner ses raisons, comme dans le procès de Scipion Nasica qui est rapporté par Cicéron, *de Orat.*, 2.70.285. D'autre part, outre que la dédicace d'un ouvrage n'a guère de rapports avec un procès criminel, il est tout à fait impossible d'admettre que Pline ait comparé Vespasien à une *Quaestio* tout entière. La façon la plus simple d'entendre le texte est de l'appliquer au *iudex unus*. Quant au texte de Frontin (*Agrimensores*, éd. Lachmann, I, p. 43, lig. 23), personne ne songe à nier que le *iudex unus* n'y soit tiré au sort ; on essaye cependant d'éviter ce témoignage en restreignant arbitrairement la *sortitio* à l'*actio finium regundorum* seule visée par Frontin. Mais on n'aperçoit aucun motif à ce que le juge soit tiré au sort dans ce seul cas.

titude d'attribution des sources s'ajoute celle de reconnaître le mode de nomination du juge dont il y est parlé. Cependant, on ne peut éviter d'examiner l'état de ces sources sous les derniers Antonins et les Sévères et de formuler une conjecture, à défaut de système solidement établi.

α) En premier lieu, il se peut qu'il y ait eu des exceptions à la souveraineté du juge choisi d'accord entre les parties dans certains cas déterminés. La solution donnée par Gaius (Dig. 2 8.9) et Paul (Dig. 49.2.2) au problème de la souveraineté de l'arbitre institué pour examiner la capacité des *sponsores*, le ferait facilement croire. Ces arbitres sont des *judices* de l'*ordo*, selon toute vraisemblance, avons-nous vu (1). Il est également très probable qu'ils étaient choisis d'un commun accord par les parties; leur nom seul d'*arbitri* en est un indice (2) qui n'est pas

(1) Voir plus haut, p. 92 et s.

(2) Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judic.*, p. 528, les considèrent comme choisis par les plaideurs hors des listes de l'album (*id.* : Merkel, *Appellation*, p. 68). Peu importe que le choix se soit exercé dans l'album ou hors de celui-ci. Aucun indice d'ailleurs ne permet de résoudre cette question insignifiante. — Que le mot *arbiter* soit technique pour désigner le juge choisi d'accord par les parties à l'exclusion du juge imposé par un mode quelconque, avec ou sans droit de récusation, cela semble résulter entre autres textes, de la façon dont s'exprime Frontin dans le passage déjà cité (*Agrimensores*, éd. Lachmann, I, p. 43) ; il oppose trois fois de suite *judex* à *arbiter*, et la première de ces trois antithèses se base sur des expressions qui différencient très nettement le mode de nomination de celui qui statuera sur l'*actio finium regundorum* : *Arbitros conscribere aut sortiri judices*. Il arrive d'ailleurs fréquemment que l'arbitre de l'*ordo* choisi par les parties et même l'*arbiter ex compromisso* soient appelées *judices* au sens large du mot, même dans les textes juridiques. V. par exemple : Callistrate, *compromissarium judicem* (Dig., 4.8.41) ; mais inversement il n'y a pas, croyons-nous, d'exemple que le mot *arbiter* dans son sens strict soit employé pour désigner un juge

affaibli par le mot « *datus* » employé par Paul dans son sens large et imprécis (1). Au surplus, si ces *arbitri* avaient été tirés au sort et non choisis, on ne voit pas comment la question de l'appel aurait pu se poser pour eux ; l'appel aurait été aussi logique que si ces *arbitri* avaient été des juges-commissaires, et on comprend mal qu'il y ait eu matière à controverse sur ce point. Il se peut très bien au contraire qu'il y ait eu une exception faite dans ce cas, sans que nous sachions ce qui la motivait. Quoi qu'il en soit, le texte a une portée visiblement restreinte et prouve que sous Antonin le Pieux, le principe de la souveraineté des juges choisis subsistait encore (2).

β) Postérieurement à cette atteinte partielle à la souveraineté du juré choisi par les parties, il semble qu'il y ait eu une réforme étendant l'appel même à ce juré choisi. En effet, en janvier-février 212 (3), Papinien écrit le *responsum* suivant (Dig. 49.1.23, pr.) :

non choisi des parties. — Cf. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judic.*, p. 265, n. 6.

(1) Le mot *datus* est, avons-nous vu (p. 106, n. 3), souvent employé dans son sens large pour désigner un *judex addictus* ou *arbiter*. V. p. ex. Paul (Dig. 5.1.46).

(2) Le texte de Gaius, extrait du commentaire sur l'Edit provincial, est antérieur à la mort d'Antonin le Pieux (mars 161), car Gaius signale comme des ouvrages déjà publiés ses commentaires sur l'édit dans ses *Institutiones*, I, § 188, dont le premier livre en entier est antérieur à la mort d'Antonin le Pieux. — Cf. P. Krüger, *Sources du Dr. rom.*, p. 248. Mais nous avons vu que l'Ἀποκηρυττόμενος de Lucien est postérieur à l'an 150. Ces deux textes étant contemporains ou se suivant de peu, puisqu'il est impossible de déterminer quel est le plus ancien, le mieux est de penser que la controverse signalée par Gaius et Paul portait seulement sur les *Arbitri ad sponsores probandos*.

(3) M. Jörs, V° *Aemilius*, n° 105 (Pauly-Wissowa, I, p. 572), attri-

Ex consensu litigantium citra compromissum a praeside provinciae iudice dato victus potest provocare.

Papinien, consulté, a donc répondu que l'on pouvait faire appel du juge donné par le gouverneur d'une province conformément au choix des parties, quand il n'y avait pas eu de compromis(1). Cujas voyait dans ce *judex datus* le délégué du gouverneur, et dans ce *consensus* la promesse de ne pas récuser le juge (2). Mais, outre que cette interprétation est purement gratuite, on ne voit pas comment la promesse de ne pas récuser un juge-commissaire aurait pu faire naître des doutes sur la possibilité d'appeler de sa sentence. Le *consensus citra compromissum*, c'est le choix du juge par les parties, sans que ce choix soit confirmé par un compromis régulier, avec stipulations de peines, un *compromissum jure perfectum*, selon l'expression même employée à la chancel-

bue les derniers livres des *Responsa* de Papinien (depuis le livre XIV) à l'année 211 ou aux 2 premiers mois de 212. On peut préciser un peu plus et descendre à janvier-février 212 en remarquant que le fragment qui nous occupe, était traité sous la rubrique de *Appellationibus*, au dernier des 19 livres des *Responsa*, tandis que les *Responsa* de Paul, par exemple, traitent ce même titre au livre 20 (Lenel, *Paling.*, n. 1595) et que l'ouvrage de ce dernier comporte encore trois livres, selon l'*Index Florentinus*. Les *Responsa* de Papinien sont donc inachevés et ont été brusquement interrompus lors de son assassinat par les prétoriens à la fin de février 212. Notre fragment, l'avant-dernier du livre 19 (Lenel, *Paling.*, n° 748), a donc précédé de peu cette interruption subite.

(1) La correction de Mommsen, *citra* au lieu de *circa*, était déjà faite par R. Estienne, Cujas et Pothier, *Pandectae*, 49.1.2.3.8. — Dans les textes de l'empire, *citra* a le sens de « sans », d'ἄνευ, selon Freund. — Cf. *Vocabularium Jur. rom.* — Ce sens est imposé ici, en particulier, par la traduction des Basiliques, 9.1.22 « *χωρίς αἰρετῶν* ».

(2) Glose du Cujas, dans le *Digestum novum*, III, p. 1590.

lerie impériale (1). Cet accord des parties sur un nom était indispensable, en province, pour qu'un *judex unus* fût donné ; sans lui, le droit commun donnait compétence à un collège de récupérateurs (2). Quant à la procédure visée par Papinien et à l'autorité qui se cache sous ce terme vague *judex datus*, c'est ce qu'il est difficile de déterminer avec certitude. On ne peut attribuer le texte aux *co-cognitiones* et y voir un juge pédané en s'appuyant sur les mots *judex datus* (3), ni sur le titre *praeses provinciae* (4), ni sur la mention de l'appel (5). On ne peut non plus s'appuyer sur la constatation que les paragraphes 1 et 3 de ce même fragment 23 se rapportent sûrement à la procédure extraordinaire, parce que les recueils de *Responsa* n'étaient pas des développements continus et bien ordonnés, mais des recueils de décisions importantes classées sous les rubriques des recueils appelés : *Digesta* (6). Le champ est donc libre aux conjectures.

(1) V. Caracalla (Code Just. 2.55,4).

(2) Voir plus haut, p. 87, n. 2.

(3) Voir plus haut, p. 35 et ss. Cf. en ce sens Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*, 26 janvier 1903.

(4) Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judic.*, p. 527, note 34, s'appuient à tort sur ces mots pour laisser de côté le *responsum* de Papinien. On ne peut cependant pas oublier que le terme de *praeses* désigne tout gouverneur de province, en dehors de son sens étroit. — Le traité d'Ulpien *de officio proconsulis* contient de très nombreux exemples de l'emploi de *praeses* à la place de *proconsul*. V. par ex. Dig. 1.16.9.6 ; 4.4.42 ; 27.2.5 et 27.2.11 ; 1.18.13, pr. et § 1, etc. Il peut donc très bien se faire que Papinien ait employé le mot *praeses* au sens large, qui n'est pas exclusif de la procédure de l'*ordo judiciorum*.

(5) Cette mention est le seul argument invoqué par M. P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Judex*, 26 janv. 1903, comme par M. Wenger, *Zur Lehre von der actio judicati*, p. 131, note 5.

(6) Comme les « *Opiniones* » du reste. Cf. plus haut, p. 77, note.

Le plus raisonnable est, croyons-nous, d'admettre que ce texte parle de procédure ordinaire, car il est difficile à concilier avec la façon dont étaient nommés les juges commis par les magistrats *extraordinem*. Ces délégués étaient dans l'entière dépendance du délégant, qui les nommait arbitrairement sans avoir à tenir compte des indications des parties (1). Ils étaient en outre le plus souvent, en province, nommés pour exercer la juridiction sur un cercle déterminé d'affaires ou dans une circonscription fixée ; l'indication que les parties pouvaient faire d'eux au magistrat supérieur n'avait pour ainsi dire qu'un rôle de politesse (2), si même cette pratique de la demande du juge-commissaire par les parties, après entente, fut jamais effectivement reçue. — En tous cas, même si cela se faisait, même si cela signifiait plus qu'une politesse banale envers un juge que l'on demandait pour n'avoir pas l'air de le subir, on ne voit pas du tout comment cela aurait pu faire douter de la faculté d'appeler (3). Le juge, bien que délégué à la demande

(1) En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Jux*, 26 janvier 1903. — Un rescrit d'Hadrien, rapporté par Callistrate (Dig. 5.1.47), défendait positivement de donner comme juge d'un procès un personnage nommé par l'une des parties. Néanmoins cela se produisait, comme le prouve le papyrus d'Oxyrinchos n° 67, à propos duquel M. Boulard (*Instr. écrites au juge-commissaire en Egypte rom.*, p. 80, n. 2) a bien réfuté l'opinion de Mitteis, que le *προπολιτευόμενος* Aétius aurait été donné du consentement des deux parties. — M. Wenger (*Zur Lehre der Actio Judicati*, p. 130, note) croit cependant à l'efficacité du choix des plaideurs.

(2) Ce caractère est particulièrement accusé dans le papyrus d'Oxyrinchos n° 67, où le demandeur prie qu'on lui donne comme juge le *προπολιτευόμενος* Aétius qu'il aurait eu même sans le demander.

(3) D'autre part, il est évident que si le choix apparent par les

des parties, n'en restait pas moins un commissaire du magistrat subordonné à celui-ci. Pour ces deux motifs, il est préférable de voir dans le *judex ex consensu litigantium* de Papinien un juré provincial, juré devenu susceptible d'appel au commencement du III^e siècle, même quand il était choisi d'un commun accord à condition toutefois qu'il ne soit pas intervenu un *compromissum jure perfectum*. Et c'est au cas où le *judex* aurait été ainsi choisi en vertu d'un véritable compromis, que ferait allusion Ulpien, à la fin de sa note sur Papinien (Dig. 3. 5.30.2).

L'élargissement du domaine de l'appel est en outre rendu encore plus probable par la façon dont Papinien, en parlant, le qualifie d'*auxilium commune* (1) et par le changement dans les idées révélé par un rescrit de Caracalla, daté du 24 juillet 213 (Code Just. 2.55.1).

parties de leur juge-commissaire avait eu l'inconvénient de leur ôter le bénéfice de l'appel, ils auraient le plus souvent renoncé à ce choix bien avant Papinien. Il n'en va d'ailleurs pas de même en procédure ordinaire où l'*addictio judicis* privait bien de l'appel, mais en compensation permettait de choisir librement.

(1) Papinien, dans ce texte (Dig. 46.8.3.1), extrait du livre 12 de ses *Responsa*, par conséquent antérieur au texte, Dig. 49.1.23, pr., explique que la stipulation *ratam rem dominum habiturum* faite par un *falsus procurator*, n'a pas pour effet d'interdire au *dominus* l'accès de l'appel, parce que l'appel est un *auxilium commune*. L'expression nous paraît trop large pour ne pas avoir un sens très général. Cependant Ulpien semble encore connaître des sentences sans appel (Dig. 12.6.23.1, *in fine*) : « *tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata quae nullo remedio adtemplari potest transigitur.* » Mais il semble bien qu'il s'agisse là, soit de sentences *extraordinem* rendues *per contumaciam* et sans appel, soit simplement de toute sentence consolidée par l'écoulement du délai de deux ou trois jours imparti aux mécontents pour prendre une décision touchant l'appel.

Imp. Antoninus L. Neronianus. Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicari actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur.... PP. VIII K Aug. Romae, Antonino L. IIII et Barbato cons.

L'empereur y renouvelle la prohibition faite déjà par maints rescrits, d'appeler d'une simple sentence arbitrale (1). La meilleure raison qu'il pouvait en donner c'est encore celle de Plouc l'Ancien, de Lucien et

(1) M. Bera-Mathias, *Das österrische Schiedsgericht* (dans les *Juristische Vespertin für Dorpat*, de Rostock, 1892, p. 55), a émis l'idée ingénieuse que les nombreux rescrits mentionnés par Caracalla, et le son même, auraient été nécessaires par la survivance en droit romain des règles propres à l'arbitrage grec : celui-ci faisant naître une exécution forcée ou une exception de chose jugée, aurait été incomparablement moins éloigné de l'appel que l'arbitrage romain d'où ne sortait pas même l'*actio iudicati*, comme fait remarquer Caracalla. Nous ne saurions attribuer à ce rescrit un rôle aussi spécial. Il est, en effet, à peine postérieur d'un an à la constitution qui fit de tous les sujets de l'empire des citoyens romains soumis au droit romain. Or, les nombreux rescrits mentionnés par Caracalla ne peuvent tous être placés entre la *constitutio antoniniana* et la fin de juillet 213. Ils sont probablement bien antérieurs à 212 et par conséquent n'ont pu s'adresser à des grecs, ceux-ci étant restés soumis au droit grec. Au surplus, le droit grec a toujours reconnu la souveraineté de l'arbitre, selon M. Mathias lui-même, en s'appuyant, pour le 1^{er} siècle après J.-C. sur le texte de Lucien, *Arbitratorum*, § 11, que nous avons reconnu ne pas viser le droit grec, d'ailleurs. Enfin, il y a une raison péremptoire à ce que le rescrit de Caracalla n'ait rien à voir avec l'arbitrage hellénique : c'est qu'il a pour destinataire une certaine *Nepotiana* dont le nom est bien romain. Le rescrit prouve seulement, ainsi que ses nombreux citations, que l'arbitrage grec n'était pas en usage dans la pratique en faveur de l'appel de l'arbitre en *compromisso*, et cela probablement à la suite de l'extension de la faculté d'appeler au jure choisi, par les plaideurs, l'ancien criterium disparu, un grand flottement dans les idées s'était produit et il fallut le nom grec même s'y employer pour faire comprendre qu'il y avait

d'Ulpien : la responsabilité qui incombe à l'auteur du choix de l'arbitre. Or, il ne la donne pas. Il raisonne par à *fortiori* : il ne peut pas être question d'appel puisqu'il ne peut même pas être question d'*actio iudicati* (1). C'est bien là, semble-t-il, un indice de plus que le critérium de l'appel des jurés avait changé et que celui-ci avait été étendu aux jurés choisis, quand le choix n'avait pas été consigné dans un véritable *compromissum jure perfectum*. Tout au plus pourrait-on s'étonner qu'Ulpien, à peu près au même moment, se soit encore référé (Dig. 4.8.27.2) à l'ancienne idée *et sibi imputet qui compromisit*. Mais il convient de remarquer qu'il ne lui donne pas, comme on faisait au temps de Pline et de Lucien, la valeur d'un critérium propre à distinguer le juge dont la sentence était susceptible d'appel de celui dont la sentence était définitive.

encore des motifs de prohiber l'appel, en dehors de ceux tirés de la responsabilité des parties à raison de leur choix.

(1) Le raisonnement même de Caracalla pourrait, s'il en était besoin, être une nouvelle preuve de la possibilité d'appeler des sentences de jurés. Caracalla cherchant à qui comparer l'*arbiter ex compromisso* ne le rapproche pas de l'arbitre-commissaire, il l'oppose au *iudex* choisi de l'*ordo* qui offre beaucoup plus de points de comparaison. Ce qui le prouve, c'est le critérium de distinction choisi : l'absence d'*actio iudicati*. S'il avait pensé aux *arbitri* extraordinaires, l'empereur n'aurait pas choisi ce critérium, car il n'aurait pas porté, l'*actio iudicati*, exécution par le demandeur lui-même, étant une pièce caractéristique propre à la procédure de l'*ordo*, comme l'a prouvé M. Eisele, *Abhandlungen* (1889), p. 125 et ss., suivi par M. P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur la Procédure extraordinaire, Paris, 1907; M. Wenger, *Zur Lehre von der Actio Iudicati* (1904), p. 223 et ss., a cependant tenté de démontrer l'existence de l'*actio iudicati* dans le système d'exécution des *cognitiones extraordinariae*; mais la survivance de ce mode d'exécution archaïque et inutile y paraît bien peu probable. — En ce sens : Lenel, *Edit perpetuel*, II (1903), p. 187.

II

LA JURIDICTION D'APPEL

A. — Introduction de l'appel.

α) Sous la République, le besoin ne se faisait pas très vivement sentir d'une instance supérieure chargée de réviser les sentences rendues par les jurés civils et criminels (1). En province seulement, où tout citoyen était juré (2), quelquefois même tout pérégrin (3), où le tirage au sort était fréquent, et où le magistrat jouissait d'un *imperium* plus arbitraire que ses collègues de Rome (4), la situation du justiciable était moins enviable. C'est peut-être là que naquit le mouvement d'opinion favorable à l'appel, principalement dans les provinces de langue grecque où s'était sans aucun doute perpétué le souvenir de la possibilité de faire appel des *Δικιτήται*, quand ceux-ci n'avaient pas été élus librement par les parties en désaccord. Du moins est-il certain que l'étude alors fréquente des institutions attiques avait dû faire à

(1) V. plus haut, p. 8 et s.

(2) Cicér. *Verr.* II. 2.13.34. *Selecti ex conventu aut ex negotiatoribus propositi*. — Cf. P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus iudex* (Paris, 23 mars 1903).

(3) Cicér. *Verr.* II. 2.13.32. *Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculo iudex [datur]*... — Cf. P.-F. Girard, *ibid.*

(4) En ce sens, P.-F. Girard, *ibid.*, et Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, II, p. 40.

peu près disparaître, si même elle avait jamais existé, la notion du juré essentiellement souverain.

Le courant d'opinion favorable à l'appel ne put qu'être activé par les réformes populaires qui furent votées, à la fin de la République, en ce qui concernait la composition des listes de jurés de Rome. La création d'une nouvelle décurie moins fortunée et moins cultivée avait toujours pour résultat de multiplier les juges ignorants et d'accroître le nombre des procès mal tranchés et le mécontentement des justiciables, qui n'avaient aucun recours quand le juge commettait une erreur (1). Peut-être leur incapacité fut-elle la raison de la suppression de la décurie de *Tribuni aerarii* de la loi Aurélia par César en 708. Il est par contre incontestable que si la faculté de faire appel n'avait pas été introduite, les premiers Césars n'auraient pas pu exposer le peuple à tous les inconvénients d'une mauvaise justice en suivant une politique aussi hardiment populaire qu'ils ont fait. Il leur eût été impossible, à Auguste de rétablir la décurie de *Tribuni aerarii* et d'en créer une quatrième, et à Caligula d'en créer une cinquième, ainsi que d'abaisser l'âge des jurés de trente à vingt-cinq ans (2), sans désorganiser l'administration de la justice, tant étaient ignorantes ces nouvelles couches de jurés (3). Ces réformes ne furent pos-

(1) Sur l'insuffisance de l'action prétorienne *si iudex litem suam fecerit*, voir plus haut, p. 12, n. 3. — Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, II, p. 41.

(2) L'âge de vingt-cinq ans résulte d'une correction matérielle au texte de Suétone, *Aug.*, 32. — Cf. en ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur l'*Unus Iudex* (Paris, 9 et 13 mars 1903).

(3) On connaît les inquiétudes de Quintilien (*Inst. Orat.*, 4.2.45 et 12.10.53) au sujet de la capacité juridique de ces jurés *indocti saepius atque interim rustici*. On sait aussi que Claude, révisant les

sibles que depuis le jour où l'existence d'une instance supérieure rendit moins à craindre les erreurs juridiques des simples jurés.

β) Donc, bien que le plus ancien texte se rapportant à l'appel des jurés et rencontré jusqu'ici, soit de Pline l'Ancien, en l'an 77 après J.-C., il y a déjà de fortes présomptions historiques pour que l'on doive faire remonter l'appel à une époque antérieure aux réformes des listes par Caligula et Auguste, ou du moins à une époque contemporaine. On ne pourrait en douter qu'en tirant argument du silence des jurisconsultes sur la nouvelle institution impériale, jusque vers le milieu du second siècle de l'ère chrétienne (1). Mais, outre que le témoignage de Pline l'ancien est antérieur d'environ soixante ans au premier fragment juridique sur l'appel, il y a des témoignages antérieurs de Suétone et de Tacite qui visent l'appel des jurés et détournés de leur sens le plus naturel par les partisans de la théorie négative de Mommsen (2) ; il y a aussi ce fait que le silence des jurisconsultes antérieurs à Antonin le Pieux devrait également

listes de jurés, en raya un habitant d'Athènes qui ne savait pas le latin (Suétone, *Claud.*, 16).

(1) Voir, p. 161, l'appendice II, où j'ai dressé d'après le travail manuscrit de M. le professeur Kübler rectifié par des annotations de Mommsen et quelques observations personnelles, un tableau de l'emploi fait par les jurisconsultes classiques des mots *provoc(-are,-atio,-ator)* et *appell(-are,-atio,-ator)*. Exception faite des trois passages où Pomponius, dans son *Encheiridion* (Dig. 1.2.2. § 4, § 16 et § 18) emploie le mot *provocatio* dans son vieux sens républicain d'appel aux comices, le premier qui emploie l'un de ces deux termes est Vénuléius Saturninus, dans son ouvrage *de officio proconsulis* (Dig. 49.3.2) écrit après la mort d'Hadrien (Lenel, *Paling.* Vénuléius, n° 48, et II, p. 1216, note 1).

(2) V. plus bas, p. 137 et 143.

être interprété comme un indice du manque d'appel des sentences rendues *extraordinem*, pendant la première moitié du Principat, ce que personne ne pourrait soutenir sérieusement, en face des textes littéraires qui s'appliquent nécessairement à l'une des deux procédures, ou à toutes deux. Enfin, nous avons déjà remarqué que la réforme réalisée par Antonin le Pieux qui donna l'appel, au cas de collusion entre le *querelans* et le *scriptus heres*, aux légataires lésés qui n'avaient pu défendre au procès simulé, supposait nécessairement un état de droit antérieur où ce droit d'appel existait normalement au profit des personnes qui avaient été parties mêmes au procès (1).

Ces diverses remarques amènent donc à rechercher la date de l'introduction de l'appel en procédure ordinaire dans une période qui s'étend de la fin de la République à Actium (2 septembre 723, U. C.) à la mort d'Auguste (19 août 14 ap. J.C.).

Pour certains (2), il ne peut être question de rechercher d'une façon plus précise cette date d'introduction, car ils considèrent l'appel des jurés et des magistrats inférieurs, comme un fruit qui s'est progressivement dé-

(1) V. plus haut, p. 80.

(2) Principalement les auteurs vieillis, ou qui ont effleuré l'appel dans un ouvrage général : Kuntze, *Institut. und Gesch. des rom. Rechts.*, II, § 353, p. 400 (2^e éd.) ; Puchta (éd. P. Krüger), *Institut.*, I, § 181 ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilprocess.*, II, p. 45-46 ; G. Humbert, *V^o Appellatio* (Darembert et Saglio, I, p. 330) ; M. Fournier, *Histoire du droit d'appel*, p. 52 et s. — Moins affirmatifs : Keller (éd. Wach.), *R. Civilprocess*, p. 421 et Sohm, *Institutionen* (11), p. 226 et note 5. — Cf. Herzog, *Gesch. und System. des rom. Staatsverfassung*, II, p. 724. — Merkel, *Appellation*, p. 105 à 133, a étudié de très près ces hypothèses, à un point de vue général, et non spécial aux jurés de l'*Ordo*.

veloppé et qui est né de la réunion dans les mains d'Octave des pouvoirs auparavant disséminés dans plusieurs mains : puissance tribunicienne (1), puissance proconsulaire et pouvoir du mandant sur les actes de ses mandataires. Mais ces théories ont toutes à leur base l'erreur commune de croire ou de supposer que l'un quelconque de ces pouvoirs avait prise, sous la République, sur une sentence de juré. Il n'en est rien d'ordinaire, avons-nous vu (2), et il est inadmissible que la simple réunion de différents pouvoirs dans une seule main ait pu accroître leur champ d'application. C'est cette idée maîtresse que Mommsen a très heureusement mise en lumière, mais

(1) Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 305, n. 1 [*Strafrecht*, S. 261] rattache au pouvoir tribunicien du Prince signalé par Dion Cassius, 51.19, son droit de juger les appels formés contre les décisions de magistrats. On pourrait être porté à y rattacher aussi l'appel formé contre une sentence de juré, en se servant du même raisonnement fait par Mommsen : « La filiation historique entre l'appel à l'empereur et la puissance tribunicienne se manifeste... dans ce fait que le délai de deux ou trois jours pour l'interjection d'appel à l'empereur est sans aucun doute dérivé du délai de trois jours pour l'intercession tribunicienne. » — Cf. *op. cit.*, II, p. 157, n. 6 (où Mommsen parle par erreur du délai de *deux* jours de la loi de *Salpensa*, ch. 37). Cette façon vague d'exprimer une analogie de délai cache le plus hâtif et le plus injustifié des rapprochements. La filiation historique des deux délais est en effet impossible, puisque, sous la République, c'est au tribun qu'est imparti le *triduum* pour statuer sur l'*appellatio*, tandis que dans le droit impérial c'est à la partie mécontente qu'est imparti, non pas le *triduum*, mais le *biduum* (le *triduum*, seulement à titre exceptionnel, au cas de représentation en justice) pour interjeter appel. S'il y avait une filiation quelconque, ce serait le prince qui serait tenu de statuer sur l'appel dans les trois jours, en sa qualité de tribun. — Il n'y a donc là aucun point de contact. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 115.

(2) V. plus haut, p. 3. — C'est cependant là l'origine de l'appel selon Keller, *Litiskontestation und Urtheil*, p. 197, n. 2.

qu'il a eu le tort d'outrer au point de nier que de nouveaux pouvoirs aient pu être donnés au Prince en dehors des pouvoirs républicains proprement dits. La souveraineté du juré ayant sa base dans une règle de la constitution républicaine, il faut nécessairement que cette constitution ait été positivement modifiée, au moins à ce point de vue, quand s'est formé le Principat. Une disposition législative seule a donc pu accomplir la réforme; et c'est ce à quoi Lucien semble faire allusion, quand il écrit, dans le passage déjà cité : « δίδωσιν ὁ νόμος εἰς ἕτερον ἐφεῖναι δικαστήριον ». Ce n'est sans doute pas à la légère qu'il dit « ὁ νόμος ».

C'est la sensation confuse de cette nécessité constitutionnelle qui a porté d'assez nombreux interprètes à voir dans les *Leges Juliae judicariae* la loi organique de l'appel des jurés sous le Principat (1). Mais cette opinion aussi est inexacte, non pas que les *Leges Juliae* n'aient

(1) Conradi, *Jus Provocationum*, ch. IV, § 53; Zimmern, *Gesch. des rom. Privatrecht*, III, § 169. — Selon Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilprocess.*, II, p. 700, et 706, n. 42, il y en aurait un indice dans la similitude du *libellus appellatorius* et du *libellus inscriptionis* introductif d'instance devant les *Quaestiones* et les Centumvirs et édicté par les *Leges Juliae*. Ce peut être un indice que ces lois aient réglementé l'appel, mais non pas qu'elles l'aient introduit. — Cette attribution aux lois d'Auguste et plus généralement à une loi votée par le peuple a été combattue par Wlassak, *Rom. Prozessgesetze*, I, p. 218, n. 31; selon cet auteur, l'appel n'est pas du droit civil « nouvelle manière » comme le droit résultant des lois Julia et Papia Poppaea, mais bien du droit impérial « ein Institut des Kaiserrechts », résultant de constitutions impériales. Mais cette idée me paraît inexacte, car elle supposerait justement que, sans en avoir reçu spécialement pouvoir, l'empereur, à un moment déterminé, aurait eu prise sur les sentences de jurés, ce que nous avons reconnu impossible avec Mommsen. Rien n'empêche donc, à priori, de voir dans l'appel une institution légale; tout y porte au contraire.

aucunement parlé de l'appel, mais parce qu'elles n'ont pas opéré l'introduction même de l'appel. Le caractère de ces lois est simplement procédural et réorganisateur ; du moins par ce que nous en connaissons, elles ne paraissent pas avoir accordé des pouvoirs nouveaux au prince ; elles n'avaient pas de caractère politique, et l'introduction de l'appel était bien un acte politique (1).

Ainsi, en définitive, le plébiscite voté pendant le voyage d'Octave en Asie-Mineure à la fin de l'an 724 (2) qui avait vu la ruine finale et la mort d'Antoine et de Cléopâtre, apparaît comme le seul acte législatif où il soit vraisemblable de trouver l'origine de l'appel des jurés romains (3). Ce n'était évidemment qu'une manifestation platonique des comices, puisque, à ce moment encore, Octave était seul revêtu du pouvoir constituant (4) ; mais ce plébiscite est l'indice des désirs de la population ou de ceux que savait si bien dissimuler le triumvir sous l'apparence d'une charge qu'il se faisait supplier d'assumer. Dion Cassius rapporte ainsi cet événement (51, 19) :

« προσεψηφίσαντο.... τὸν Καίσαρα τήν τε ἐξουσίαν τὴν τῶν δημάρχων διὰ βίου ἔχειν, καὶ τοῖς ἐπιβουμένοις αὐτόν, καὶ ἐντὸς τοῦ πωμηρίου καὶ ἔξω μέχρις ὀγδόου ἡμισταδίου, ἀμύνειν, ὃ μεδενὶ τῶν δημαρχόντων ἐξῆν, ἐκκλητὸν τε δικάζειν, καὶ ψῆφὸν τινα αὐτοῦ ἐν πᾶσι τοῖς δικαστηρίοις ὥσπερ Ἀθηναῖς φέρεσθαι. »

(1) V. Voigt, *Ueber die Leges Juliae*.

(2) V. Goyau, *Chronologie de l'Empire romain*, p. 2.

(3) C'est sans raison que Kromayer, *Die rechtliche Begründung des Principats*, p. 42, n. 1 (Diss. inaug., Strasbourg, 1885) pense que l'on ne peut rien tirer de ce que Dion Cassius (51.19) en dit.

(4) V. Dion Cassius, 46.55, et Mommsen, *Droit public rom.*, V, p. 2 et note 1.

Octave reçut une puissance tribunicienne élargie, d'abord dans le temps, à savoir sa vie durant, ensuite dans l'espace en ce sens qu'il put intercéder tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du *pomœrium* (1) ; c'est à propos de cela que Dion remarque : jamais un tribun n'eut un tel pouvoir. Puis, Dion continue l'énumération des droits conférés à Octave : ἐκκλητὸν τὲ δικάζειν, juger en appel ; enfin, avoir le *calculus Minervae*, c'est-à-dire le droit, quand la majorité de condamnation n'a été que d'une voix, dans une *Quaestio*, d'ajouter sa voix à celle de la minorité, pour obtenir égalité de voix et acquittement (2). Il est remarquable que Dion Cassius ne range pas le nouveau droit d'ἐκκλητὸν δικάζειν parmi ceux que n'avaient pas les anciens tribuns. Il le met à part (3), avec

(1) L'extension jusqu'au premier mille (8 demis stades) est ainsi interprétée que la puissance tribunicienne s'étendait à tout l'empire. En ce sens : Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 79, n. 4 et V, p. 457, n. 2.

(2) Merkel, *Abhandlungen*, I. *Über die Begnadigungskompetenz*, p. 84 et s. ; Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 246.

(3) C'est faute d'avoir remarqué la façon dont Dion s'exprime et répartit les pouvoirs concédés à Octave, que Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 305, n. 1 [*Strafrecht*, S. 261], voit dans le droit d'ἐκκλητὸν δικάζειν un élargissement des pouvoirs tribuniciens consistant à ajouter au pouvoir propre du tribun de casser les décrets des magistrats le pouvoir de les remplacer par un nouveau décret, c'est-à-dire, techniquement parlant, la création de l'appel réformatoire. La pensée de Mommsen, dans sa dernière forme, est donc de rattacher l'appel de la procédure administrative impériale à l'intercession tribunicienne qu'il croit à tort avoir été élargie à ce point de vue. Sa première opinion, plus admissible je crois, était que cet appel réformatoire était venu du droit que conservait tout mandant de reviser les décisions de son mandataire, ainsi que du droit de cassation de la *par majorve potestas* combiné avec le droit de décision propre de cette *potestas*. — V. Mommsen, *Dr. public rom.*, I,

le *calculus Minervae*. Ce voisinage fait supposer que le droit d'appel donné à Octave est celui qui concerne les sentences de jurés en général, ou du moins celles des *Quaestiones perpetuae*. Il ne peut pas en effet être question ici de décrets rendus par les magistrats pour terminer une procédure extraordinaire, puisque celle-ci ne date en matière civile ou de causes criminelles capitales, que de l'établissement du Principat, trois ans plus tard, en 727 (1). Il est également très difficile de croire que Dion vise là le droit donné à Octave de réformer les décrets purement administratifs des magistrats inférieurs, car ce droit, il l'avait déjà, puisque comme tribun et magistrat supérieur il pouvait casser tout décret et que, en 724, soit comme triumvir, soit comme consul, soit comme proconsul, il pouvait remplacer la décision cassée par la décision personnelle (2). Le droit d'ἐκκλησιον

p. 265 et V, p. 269 ; Merkel, *Appellation*, p. 138 ; P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1043 ; Cuq, *Inst. Jurid.*, II, p. 764.

(1) Merkel, *Appellation*, p. 46, ni Mommsen, *Dr. public rom.* (3), V, p. 269, n. 3, qui l'approuve, n'ont assez tenu compte de cette antériorité du plébiscite de 724 par rapport à la création du Principat en 727. Ils considèrent en conséquence que Dion parle de « l'appel des décrets des magistrats en général, aussi bien dans les affaires civiles que dans les affaires criminelles ». En 724, les jurés civils et les *Quaestiones* ne subissaient encore aucune concurrence de la part de la procédure extraordinaire. Celle-ci ne fonctionnait qu'en matière purement administrative.

(2) Il y a, de ce pouvoir de remplacer l'acte de volonté cassé par un autre acte de la volonté du Prince une preuve philologique certaine. C'est l'emploi du mot *provocatio* sous l'empire comme synonyme d'*appellatio*. Ce dernier était spécial, dans son sens le plus précis, aux magistrats qui n'avaient que le pouvoir de casser : les tribuns ; le mot *provocatio*, dans son sens large, visait tout recours réformatoire. On pouvait donc se servir de ce terme à la place de celui d'*appellatio*, quand le magistrat intercedant pouvait remplacer la dé-

δικάσειν ne peut donc rien signifier d'autre que le droit de réformer les sentences de jurés (1).

Le nouvel appel a donc été introduit en principe par le plébiscite (2) de 724. Il fut alors une nouveauté juridique,

cision cassée par la sienne propre, comme les consuls, par exemple, mais pas les tribuns. Les deux termes étant devenus absolument synonymes sous l'empire, cela n'a pu se produire que parce que Octave avait ajouté aux pouvoirs cassatoires du tribun ses pouvoirs de décision propre. — En ce sens : Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 160, n. 1 [*Strafrecht*, S. 474]. — L'origine de l'appel a été aperçue dans ce pouvoir de *cognitio* du juge d'appel par Merkel, *Appellation*, p. 139.

(1) Bien que, comme je l'ai déjà remarqué, le voisinage du droit de juger en appel avec le droit au *calculus Minervae* puisse faire croire qu'il ne s'agit que de l'appel des *Quaestiones*, je pense néanmoins que Dion entendait parler aussi des jurés civils. S'il avait eu une intention moins large, il n'aurait pas manqué de le faire remarquer. D'autre part, ce plébiscite voté comme actions de grâces après la défaite définitive d'Antoine et de Cléopâtre ne dut pas être avare de concessions ni s'arrêter à mi-chemin en permettant l'appel des seuls jurés criminels. — Merkel, *Appellation*, p. 49, prétend sans raison que ce fut là seulement une faculté concédée à l'empereur, et non un droit pour les parties de recourir à une seconde instance. Merkel a été amené à cette conception par la façon de s'exprimer employée par Dion Cassius : « on concéda à Octave le droit de juger les appels ». Mais la difficulté s'explique, ainsi que la tournure de phrase de l'historien, si l'on prend la peine de se souvenir que le caractère définitif des sentences de jurés avait été une restriction faite par méfiance aux pouvoirs des magistrats, dans la constitution républicaine. Rendre au magistrat suprême cette juridiction supérieure, c'était lui permettre d'exercer un droit attaché à sa fonction ; il n'est pas à croire en conséquence que les justiciables aient jamais fait appel à l'Empereur sans résultat. Il n'y en a d'ailleurs aucun exemple, semble-t-il, en dehors de ce que fit Caligula. Voir plus bas, p. 141.

(2) Plébiscite sanctionnant un sénatus-consulte, vraisemblablement, comme cela continua de se faire lors du vote de chaque nouvelle *lex de imperio*. — Cf. Kromayer, *Die rechtliche Begründung des Principates*, p. 40.

qui pouvait avoir des modèles plus ou moins éloignés dans les institutions antérieures, mais qui n'était dérivé d'aucune (1). C'était avant tout un besoin politique qui le faisait créer, bien que accessoirement il ait aussi répondu à des besoins judiciaires. L'idéal monarchique que chacun portait plus ou moins consciemment en soi était satisfait par ce rôle de juge supérieur qu'assumait le Prince ; désormais, de même qu'il avait le contrôle des listes de jurés, il aurait le contrôle de leurs sentences (2).

γ) Il est probable que la nouvelle institution ne reçut pas de dénomination précise et officielle. On se contenta de voter quelque motion vague touchant le droit du Prince

(1) En ce sens : Kipp, V^o *Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 196). Quant au problème des origines de l'appel au Prince dans la procédure extraordinaire, il n'a pas à être examiné dans cette étude. On peut cependant, en ce qui le concerne, comprendre que Mommsen *Dr. public rom.* (3), V, p. 269, n. 2 ne veuille pas se rallier à l'idée de Merkel, que cet appel n'aurait également aucune racine dans les institutions républicaines antérieures.

(2) Dion Cassius, 52. 33, exprime curieusement les idées courantes en matière d'appel au début du III^e siècle, au moment où la procédure ordinaire par jurés est encore très pratiquée, à Rome du moins. Selon lui, le Prince ne doit pas souffrir qu'une juridiction soit indépendante au point qu'on ne puisse pas appeler de sa sentence. « ... μήτε γάρ αὐτόδικος μήτ' αὐτοτελής οὕτω τις τὸ παράπαν ἔστω, ὥστε μὴ οὐκ ἐφέσιμον ἀπ' αὐτοῦ δικὴν γίνεσθαι. » Il est vrai que Dion vient de parler de magistrats impériaux, mais la raison qu'il donne de leur assujettissement à l'appel est tellement générale qu'elle englobe tout aussi bien les jurés.— Cf. Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 264, n. 2, et p. 277, n. 3 ; Merkel, *Appellation*, p. 46, n'a pas remarqué l'importance de cette phrase finale, comme remarquent Hartmann et Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 529, n. 39. Sur la valeur de cette phrase, mise dans la bouche de Mécène, au point de vue des institutions du début du Principat, voir P. Meyer, *De Maecenatis oratione* (Thèse, Berlin, 1891), p. 69 et s.

de statuer sur les causes qui lui étaient renvoyées, dans des termes analogues sans doute à ceux de la *lex de imperio Vespasiani*, sans limitation d'aucune sorte, ni indication de procédure. Comme, d'une part, en matière d'administration pure, le fait de s'adresser à la *par majorve potestas* pour faire casser un décret de magistrat égal ou inférieur, délégué ou non, était désigné du nom d'*appellatio* ; comme, d'autre part, dans la procédure de coercition du magistrat, le recours réformatoire s'appelait *provocatio ad populum*, puis *provocatio ad imperatorem* ; et que, par conséquent, dans des matières différentes, il est vrai, mais souvent fort voisines, l'Empereur était saisi par un même acte portant tantôt le nom d'*appellatio*, tantôt celui de *provocatio* (1) ; il en résulta que l'on se servit indistinctement des deux termes pour désigner le nouvel appel des sentences de jurés, et que, par la suite, les deux termes devinrent synonymes d'une façon absolue, à tous points de vue (2). Au surplus, les mots *ap-*

(1) Ajouter encore la cause de confusion signalée plus haut p. 132, n. 2.

(2) L'histoire de cette terminologie, envisagée surtout au point de vue de la procédure extraordinaire, a été faite par Mommsen, *Dr. public rom.*, I, p. 309, n. 2 ; V, p. 269, n. 2 ; *Dr. pénal rom.*, II, p. 160, n. 1 [*Strafrecht*, S. 474], et Merkel, *Appellation*, p. 41 et s. On se convaincra, en consultant le tableau de l'appendice II, que le mot *provoc(-are,-atio,-ator)* fut de moins en moins employé, en face du succès croissant du mot *appell(-are,-atio,-ator)*. Papinien seul emploie *provoc-* dans la proportion de cinq contre quatre *appell-*. Mais Ulpien et Paul emploient deux ou trois fois plus *appell-* ; Marcien et Macer l'emploient environ dix fois plus ; Modestin trois fois plus. De même en style de chancellerie : sous Alexandre Sévère, onze *appell-* contre sept *provoc-* ; sous Dioclétien, deux fois plus d'*appell-* ; sous Constantin, de même ; sous Julien, quatre fois plus d'*appell-* ; sous Théodose et Valentinien, au v^e siècle, vingt-cinq fois *appell-* contre aucun *provoc-* (au Code Justinien, titres de *Appellatio-*

pellare et *provocare* étant de ceux dont on se servait pour désigner l'introduction d'une instance en justice (1), il était naturel de les employer pour désigner aussi le nouvel appel qui venait d'être créé de toutes pièces.

δ) Le nouvel appel subsista ainsi à l'état rudimentaire, pendant que se constituait le régime du Principat. Mais comme il apparaît à l'époque des Flaviens comme soumis à certaines règles, principalement à des règles concernant les jurés dont il était loisible d'appeler, il faut en conclure qu'il a été réorganisé après son introduction. Il n'est peut-être pas sans vraisemblance, quoique rien ne le prouve, d'attribuer aux *Leges judicariae* de 737, l'organisation définitive de l'appel des jurés. Ces lois qui ont institué le contrôle du Prince sur les listes et modifié celles-là, qui ont remanié les Centumvirs, les Decemvirs et les *Quaestiones*, qui ont probablement introduit le tirage au sort du *judex unus*, qui ont supprimé l'emploi de la *legis actio* et ont imposé des délais aux *judicia legitima*, etc., ces lois, consacrées à réorganiser tout l'*ordo judiciorum*, ont dû viser également la situation nouvelle faite aux jurés par le droit d'ἐκκλήτων διαζῆν donné treize ans auparavant au Prince et régler ces nouveaux rapports. Sans doute est-ce alors que fut posée la règle, révélée par Plinie l'Ancien et Lucien, que l'appel était impossible du juré librement choisi par les parties.

nibus). C'est à cela sans doute qu'est due la disparition du mot *provocation* dans la pratique juridique moderne des pays occidentaux. La réaction archéologique de Justinien, qui employa également les deux expressions, n'y eut aucune influence.

(1) V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, II, p. 180, n. 1. — Cf. *Instit.* de Paul (Fragment de Bruxelles), P-F. Girard, *Textes* (3) p. 431.

B. — L'appel direct à l'Empereur.

Les lois judiciaires d'Auguste n'ont sans doute réglé que les limites de l'appel des jurés et sa procédure. Quant à la détermination de l'autorité compétente pour réformer les sentences, elle résultait du sénatus-consulte de 724 confirmé par plébiscite : le Prince statuait en premier comme en dernier ressort. La preuve qu'Auguste n'abdiqua pas son droit entre les mains de magistrats désignés par les lois *Juliae*, résulte de la délégation qu'il en fit par la suite, ainsi que des différentes délégations de ses successeurs.

α) Auguste avait l'habitude de renouveler tous les ans sa délégation, sans doute pour mieux marquer son intention de rester en droit le maître de juger lui-même en appel quand bon lui semblait. Les appels provinciaux étaient répartis entre d'anciens consuls, à raison d'un consulaire par province (1) ; les appels de Rome, et d'Italie aussi sans doute, étaient renvoyés au préteur urbain. Telle est l'organisation révélée par Suétone (*Aug.* 33).

Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori (2) delegabat urbano ac pro-

(1) La façon dont s'exprime Suétone (opposition voulue entre *delegabat* et *praeposuisse*) exclut l'idée qu'ils n'aient eu à s'occuper que des appels. Ils étaient préposés, annuellement, aux affaires d'une province déterminée, et les appels n'étaient qu'une partie de ces affaires. En somme, ils correspondaient à peu près aux secrétaires d'Etat anglais résidant à Londres et préposés aux affaires de telle ou telle colonie, question d'appel à part, bien entendu.

(2) Je lis ainsi avec Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 276, n. 1, contrairement à la lecture fréquente : *praefecti... urbano*. Mommsen a fait très bien remarquer que le préfet de la ville n'est devenu

vincialium consularibus viris quos singulos cujusque provinciae negotiis praeposuisset.

Le mot « *liligatores* » porte à croire qu'il ne s'agit que des appels en matière civile : on peut donc supposer que l'Empereur statuait lui-même sur les appels des *Quaestiones* (1) au moins dans les premiers règnes tant que la nouvelle instance ne fut pas trop populaire ni trop encombrée.

Les causes civiles dont Suétone parle ne peuvent pas être des causes instruites et jugées en premier ressort selon la procédure extraordinaire (2) ; cela résulte de ce qui est dit à propos des affaires de Rome et d'Italie. Sous Auguste, au commencement du règne il n'y avait encore aucune juridiction civile extraordinaire ; à la fin du règne, il y en avait seulement deux cas, en matière d'obligation de consentir au mariage et en matière de fidéicommis (3).

permanent que dans les dernières années de Tibère, et qu'en outre le renouvellement de la délégation tous les ans est incompatible avec le caractère non annal de la *Praefectura urbis*.

(1) L'appel des *Quaestiones* au *Praefectus Urbi* est bien compris parmi les recommandations théoriques que Dion Cassius (52. 20 et 24) met dans la bouche de Mécène. Mais cela ne prouve pas que ce vœu fait par Dion pour son temps, sous le couvert d'allusions historiques, corresponde à une réalité du milieu du VIII^e siècle de Rome. La juridiction en appel du *πολιάρχος* — le préfet de la ville — suffit à décélérer la supercherie. V. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 256, n. 3 [*Strafrecht*, S. 220] et p. 324, n. 4. — Cf. P. Meyer, *loc. cit.*

(2) C'est ce que tous les anciens auteurs pensaient, antérieurement à la théorie de Mommsen ; depuis lors, cette délégation est entendue de la délégation des appels sur décret extraordinaire.

(3) L'intervention *extraordinem* des consuls en matière d'obligation de consentir au mariage remonte à l'an 736 U. C., date de la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, dont le ch. 35 traitait de cette question, selon Marcien (Dig. 23.2.19). Quant à l'obligation de doter,

Si donc l'on admet, comme c'est le plus vraisemblable, que la délégation au préteur des appels urbains fut faite pour la première fois au commencement du règne, entre 724 et 736, par exemple, il faut bien admettre qu'il s'agissait là de sentences de l'*ordo*, puisque la procédure extraordinaire ne fonctionnait pas encore. Si l'on veut reculer la délégation jusqu'à la fin du règne, au moment où existent deux timides applications de la juridiction extraordinaire aux matières civiles, il est encore permis de s'étonner qu'Auguste n'ait pas jugé lui-même les rares appels qui devaient se produire. Mais il y a plus ; il y a une impossibilité d'ordre hiérarchique à ce que Suétone

elle semble bien, selon ce même texte, ne pas remonter au delà du règne commun de Septime-Sevère et de Caracalla (198 à 208). — En ce sens : P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 634 et Cours de Pandectes sur la *Procédure extraordinaire*, Paris, 1907. — La juridiction des consuls en matière de fidéicommiss date des dix dernières années du règne d'Auguste entre l'an 4 et l'an 14. En effet, l'espèce à propos de laquelle Auguste créa ce cas de procédure extraordinaire concernait le proconsul d'Afrique L. Cornelius Lentulus, selon un passage de Gaius (*Res cottidianae*, selon Ferrini) inséré aux Institutes de Justinien 2.25. pr. Le texte dit que ce personnage mourut en Afrique ; on peut penser que c'est comme proconsul qu'il y mourut. — En ce sens : Klebs, *Prosopographia imperii Romani*, I, p. 453 (C. n° 1131) ; Pallu de Lessert, *Fastes des Prov. rom. d'Afr.*, I, p. 87 et s. et Münzer, v° *Cornélius*, 198 (Pauly-Wissowa, IV, p. 1373). Or, il ne put occuper ce poste qu'à partir de l'an 4, puisqu'il avait été consul en 753 (1 av. J.-C.) et qu'il fallait un intervalle de cinq ans entre le consulat et le proconsulat. — Cf. P.-F. Girard, *ibid.* — La juridiction extraordinaire en matière de nomination de tuteurs ne date que de Claude (Suétone, *Claud.*, 23). — Celle sur les affranchissements ne date que des Antonins, bien qu'elle ait été occasionnée par la loi Aelia Sentia, qui est de l'an 4 après J.-C. Voir P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 102, n. 2. — Quant aux juridictions civiles extraordinaires des préfets impériaux, elles ne se sont développées que lentement et ne sont signalées que par des textes tardifs.

veuille parler de procédure extraordinaire. Les magistrats qui statuaient ainsi *extraordinem* sous Auguste étaient les consuls (1) ; or il est invraisemblable que ce Prince en ait délégué les appels à un simple préteur urbain, personnage sénatorial, mais non consulaire, à tous points de vue l'inférieur des consuls soumis à l'appel ; l'invraisemblance apparaît plus forte encore, quand on considère qu'Auguste déléguait à des consulaires les appels provinciaux de sentences rendues par les jurés institués par les proconsuls dans les provinces sénatoriales, ou rendues *extraordinem* par les propréteurs gouverneurs de provinces impériales. S'il s'agissait des sentences *extraordinem* des consuls à Rome, Auguste aurait nommé un consulaire de plus pour Rome, au lieu de s'en remettre au préteur urbain. Enfin, si le Prince en venait à déléguer au préteur urbain les appels des consuls en matière d'obligation de doter et de fidéicommiss, on ne voit pas bien pourquoi il avait pris tant de soin que ces matières ne fussent pas de sa compétence en première instance. Toutes ces impossibilités d'ordres divers obligent à voir des causes jugées en première instance selon les règles de l'*ordo* dans celles dont les appels étaient portés au préteur urbain (2). Le voisinage, dans le texte de Suétone, fait en outre penser que les appels provinciaux visés

(1) La compétence fidéicommissaire du consul ressort de : *Instit. Just.*, 2.23.1. — En matière d'obligation de consentir au mariage, Marcien (Dig. 23.2.19) ne parle que des gouverneurs de provinces, mais la compétence du consul à Rome s'impose, car on ne voit pas quelle autre autorité aurait pu en être chargée. En ce sens : P.-F. Girard, Cours de Pandectes sur la *Procédure extraordinaire*, Paris, 1907.

(2) En ce sens : Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, p. 529, n. 41.

sont aussi des appels de sentences de jurés, dans la mesure encore très large où la procédure de l'*ordo* s'y maintenait sous Auguste.

β) Tibère continua peut-être à déléguer les appels des jurés de l'*ordo* au préteur urbain et aux consulaires préposés aux affaires de chaque province. Les sources, muettes à son égard, nous autorisent à faire cette conjecture (1). — Gaius Caligula eut la fantaisie passagère de restituer aux magistrats du peuple, c'est-à-dire aux anciens magistrats républicains ne relevant que du Sénat, la juridiction sans appel (2). Il est probable que si les consuls statuant *extraordinem* et les proconsuls, dans les provinces du Sénat, dans les cas où ils statuaient de même sans renvoi à des jurés, sont à coup sûr visés par cette mesure

(1) Il est cependant difficile d'admettre, ce que ce raisonnement porterait à faire, que le préteur urbain soit resté compétent en appel par délégation impériale jusqu'à l'an 60, sous Néron où nous retrouvons un nouveau document sur les délégations. En effet, si ce préteur avait ainsi pris l'habitude de statuer *extraordinem* par délégation impériale, pendant plus d'un demi-siècle, on s'expliquerait mal qu'il ait eu pour les formes de la procédure extraordinaire l'éloignement qu'on lui sait. — V. P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 1064 et Cours de Pandectes sur *la Procédure extraordinaire*, Paris, 17 mai 1907. Le plus vraisemblable est donc de croire que la délégation que lui fit Auguste des appels de Rome fut essentiellement transitoire. Peut-être dès Tibère fut-ce un consulaire qui fut préposé aux appels urbains, comme aux appels provinciaux. Et cependant, si transitoire qu'elle ait été, c'est sans doute cette délégation dont se souvenait l'*Incertus auctor magistratuum*, au VI^e siècle ap. J.-C. : *Praetores urbani... iudicum sententiis corrigendis in urbe praeerant*. V. Merkel, *Appellation*, p. 34.

(2) Suétone, *Gaius*, 16. *Magistratibus liberam jurisdictionem et sine sui appellatione concessit*. — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 51; Kipp, V^o *Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 200); Puchta, *Institutionem*, § 181; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, II, p. 45, n. 17; Mommsen, *Dr. public rom.*, III, p. 122, n. 2.

elle ne pouvait manquer de s'appliquer aussi aux prêteurs et aux jurés institués par ceux-ci. Il y eut sans doute là un court espace de temps où l'empereur renonça à son droit d'ἐκκλησιον διαζευν, sans toutefois qu'aient été modifiées pour cela les lois judiciaires d'Auguste. — Quant à Claude, dont la manie de juger était célèbre et caricaturée dès son règne (1), et qui ne se gênait pas pour statuer *extraordinem*, malgré les protestations des plaideurs, dans des causes relevant manifestement des tribunaux de l'*ordo* (2), il est peu vraisemblable qu'il ait imité la réserve maniaque de Caligula ; le croire serait faire trop de fonds sur sa retenue en matière constitutionnelle (3).

(1) V. Senèque, *Apokolokyntosis*. — Cf. Ed. Cuq, *Trois nouv. docum. sur les Cognitiones Caesarianae* (*N. Rev. hist.*, 1899, p. 110 et s.).

(2) Suétone, *Claud.*, 15... *Alium interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque cognitionis rem sed ordinarii juris esse, agere causam confestim apud se coegit...* On connaît aussi (*id.*, § 14) le peu de respect de Claude pour les lois : *Nec semper praescripta legum secutus...* ; *nam et iis qui apud privatos iudices plus petendo formula excidissent, restituit actiones*. Cette *Restitutio in integrum* sans *justa causa* nous montre clairement combien larges étaient les pouvoirs du Prince, en fait, même en face des sentences de jurés, et en dehors de toute règle constitutionnelle. Hartmann et Ubbelohde remarquent un peu subtilement (*Ordo Judiciorum*, p. 421, n. 9^b), que Suétone ne paraît pas tant critiquer Claude d'avoir neutralisé la libre sentence d'un jury que d'avoir accordé une *restitutio* sans *justa causa*. — Cf. Mommsen, *Droit public rom.*, V, p. 272, n. 3 ; Merkel, *Appellation*, p. 51 et p. 64.

(3) Il put parfaitement reprendre le droit de juger en appel sur sentence de jurés, en vertu de la *lex regia* qui l'investit. La *lex de imperio Vespasiani* (P.-F. Girard, *Textes* (3), p. 105), dans son sixième paragraphe, donna à Vespasien de très grands pouvoirs à tous points de vue, comme les avaient eus certains de ses prédécesseurs et parmi eux Claude. Il est précisément curieux de voir que Caligula qui ne reçut pas d'appels et Néron qui, au début, se montra aussi fort respectueux des vieilles magistratures républicaines, ne sont

γ) Néron, comme Caligula, commença par restituer au Sénat ses attributions normales. Dès sa prise de possession du pouvoir, dans l'automne de l'an 54, il assura le Sénat de sa modération et de sa décision de ne pas se mêler à l'administration de la justice comme avait fait Claude (1). Il alla même plus loin et fit, en l'an 60, pendant cette même année où l'apôtre Paul appela à Néron du procureur de Judée Porcius Festus, une réforme motivée par le désir de rehausser l'autorité du Sénat. Il décida que tout appel fait au Sénat exposerait l'appelant à la même amende de fol appel (2) que si celui-là s'était adressé à l'empereur. Tacite s'exprime sur cet acte d'une façon assez louangeuse (*Annales*, XIV, 28) :

Auxitque Patrum honorem statuendo ut qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent ejusdem pecuniae periculum facerent cujus ii qui imperatorem appellavere ; nam antea vacuum id solutumque poena fuerat (3).

L'expression *privati iudices* dont se sert Tacite est technique pour désigner le juré de l'*ordo judiciorum* (4).

pas mentionnés comme ayant reçu de tels pouvoirs : « *utique quaecumque ex usu reipublicae majestatique divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere jus potestasque sit, ita ut divo Aug(usto), Tiberioque Julio Caesari Aug(usto), Tiberioque Claudio Caesari Aug(usto) Germanico fuit.* » — Cf. Herzog, *Gesch. u. System der röm. Staatsverfassung*, II, p. 151 et n. 1.

(1) Tacite, *Ann.* XIII, 4 : *Non enim se negotiorum omnium iudicem fore...*

(2) Même amende de fol appel en droit grec ; le παράβολον ou παραβόλιον est signalé par le grammairien Pollux, sous Commode. V. Meier-Schömann (éd. Lipsius), *Der attische Process*, p. 986 et 991.

(3) Texte de Nipperdey.

(4) L'adjectif « *privatus* » accolé à « *judicium* » comme à « *judex* » suffit pour préciser qu'il s'agit de l'*ordo*. Cela ressort à l'évidence

Aussi personne n'a jamais émis l'idée que ce texte pouvait viser les appels de juges-commissaires. Tout le monde y reconnaît les jurés, mais plus ou moins intégralement (1). Le partage des appels entre le Prince et

de la façon réfléchie dont Aulu-Gelle emploie ce terme : *Noct. att.*, 14.2.1 : *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum et iudicia, quae appellantur privata, susciperem...* Cf. Inscription de Venafrum *Lex quae de iudiciis privatis lata est* ; cf. Suétone, *Claud.*, 14 : *apud privatos iudices formula...*

(1) Ce texte est même, à vrai dire, le seul sur lequel s'appuyaient tous les romanistes antérieurs à Mommsen pour établir l'appel des jurés sous le Principat. — Pollet, *Hist. Fori romani*, Lib. V, 17 ; Conradi, *Jus provocationum* ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilprocess*, II ; Keller (éd. Wach), *Rom. Civilprocess*, loc. cit. ; Merkel, *Appellation*, p. 52-53. — Mommsen lui-même, *Dr. public rom.*, III, p. 121, n. 2, et V, p. 272, n. 2, est bien contraint de reconnaître, malgré sa théorie, que les *privati iudices* dont Tacite mentionne l'appel, sont des jurés. Ne pouvant guère non plus accuser Tacite, qui fut préteur en 88, d'ignorance de la procédure de l'*ordo*, Mommsen dit : « Cela ne veut évidemment pas dire que l'appel ait été étendu. Il faut sans doute penser aux cas où l'appel pouvait en règle générale être formé contre ces sentences, c'est-à-dire où les jurés étaient attaqués pour corruption ou pour autre acte de partialité. » C'est, au contraire, moins qu'évident, et nous devons d'abord remarquer avec Kipp, v^o *Appellatio* (Pauly-Wissowa, II, p. 198) que Mommsen ne donne aucune raison de la restriction aux cas d'irrégularités. Mommsen prétend, *Dr. public rom.*, V, p. 272, que le Prince et le Sénat ne faisaient, dans ce cas, qu'agir comme avait fait Q. Cicéron en Asie au cas de sentence entachée d'irrégularités, en vertu de leur droit de *Restitutio in integrum*. Nous devons repousser cette idée que Tacite aurait désigné du nom d'*appellationes* de simples demandes en *restitutio in integrum*, car, outre le peu de vraisemblance de cet usage linguistique, il convient de ne pas oublier que la demande de *restitutio in integrum* n'exposait pas à un « *periculum pecuniae* », comme le montre le célèbre passage de Cicéron, *Pro Flacco*, 24.49, si toutefois on l'interprète comme probant en faveur du doublement de l'action « *judicatum sit necne* » ainsi que croit Mommsen lui-même, *Dr. pén. rom.*, II, 168, n. 2 [*Strafrecht*, S. 480]. — Mais ce qui est plus grave encore, c'est que lorsqu'une des parties prétendait

le Sénat ne résultait pas, vraisemblablement, de règles de compétence quelconques ; la réforme même de Néron est un indice que les parties elles-mêmes choisissaient la haute juridiction à laquelle elles portaient les sentences de jurés à réformer (1). D'ailleurs, la vie inimitable que Néron se prit à mener lui ôta bientôt les loisirs de rendre la justice, et il décida en définitive que tout appel irait au Sénat (2). Celui-ci, naturellement, ne dut en

que la sentence était entachée d'irrégularités, comme de faux témoignages acquis à prix d'argent, elle était justement dispensée de faire appel et de courir les risques de l'amende. Dans les cas où Mommsen veut cantonner l'appel des jurés décelé par Tacite, c'est une simple *restitutio in integrum* qui réparera l'injustice. Rescrit d'Hadrien au sujet de Julius Tarentinus (Dig. 42.1.33) ; Modestin, *de enucleatis casibus* (Dig. 49.1.19) ; rescrit d'Alexandre Sévère (Code Just., 7.58.2) ; rescrit confirmatif de Dioclétien (Code Just., 7.64.7). — Cf. Merkel, *Appellation*, p. 148 et ss. — On est donc contraint d'admettre l'appel général des jurés ou de rapporter le texte à d'autres juridictions, ce qui est impossible.

(1) La règle établie par Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 122, que l'appel dans les provinces impériales allait à l'empereur seul et que l'appel dans les provinces sénatoriales, à Rome et en Italie, allait régulièrement au Sénat et aussi quelquefois par dérogation au Prince, ne s'entend que de la procédure extraordinaire, car le texte de Tacite, *Ann.*, 14.28, ne laisse place qu'à deux hypothèses : ou bien il y avait encore des jurés dans les provinces impériales sous Néron, jurés dont on devait appeler à l'empereur même, et alors il y aurait eu une règle géographique de compétence ; ou bien la procédure formulaire avait disparu de ces provinces dès alors, et le texte de Tacite qui parle des deux juridictions d'appel ne peut s'entendre d'une division territoriale de la compétence et ne peut s'expliquer que par le choix des parties, dans les provinces sénatoriales, en Italie et à Rome même.

(2) Suétone, *Nero*, 17 : *Cautum est... ut omnes appellationes a iudicibus ad senatum fierint*. Je place cette innovation de Néron après celle de l'an 60 et non avant elle ni avec elle, parce que, le Sénat étant devenu seul compétent en appel, le texte de Tacite sur le

aucune façon s'en occuper et délégua ses pouvoirs aux consuls (1).

Après Néron, nous ignorons absolument quel était le juge d'appel saisi des causes jugées en première instance conformément à la procédure de l'*ordo judiciorum*. Ni Pline l'ancien ni Lucien ne nous apprennent quelque chose sur ce point. Ce dernier emploie l'expression vague « εἰς ἕτερον ἐφεῖναι δικαστήριον », sans doute par incapacité de voir clair dans l'imbroglia de la justice déléguée impériale et de la juridiction propre des magistrats, déléguée elle aussi le plus souvent.

Un siècle s'écoule (60 à 161) de Néron à la mort d'Antonin le Pieux, sans que nous ayons notion de ce qui se passe.

C. — L'appel hiérarchique.

α) Pendant ce siècle d'inconnu (60-160), il est probable que l'appel des jurés de l'*ordo* se répandit, autant du moins que le permettaient les empiétements successifs commis par les magistrats statuant *extraordinem*. Le nombre des citoyens romains, usant de la procédure romaine, avait été accru de bien des façons pendant ce temps, dans les provinces sénatoriales, et l'appel lui-même dut gagner en popularité et en fréquence, ne

periculum pecuniae devant l'empereur n'aurait aucune raison d'être. La plupart des auteurs ont cependant cru ces deux réformes concomitantes. V. Merkel, *Appellation*, p. 52-53; Lécivain, *Appel des Juges-jurés* (Mél. d'Arch. et d'Hist. de Rome, 1888, VIII). Mommsen, *Dr. public rom.*, III, p. 12, n. 2, croit que ce texte, en liaison avec celui de Tacite, vise également l'appel civil et (*Dr. public rom.*, V, p. 272, n. 2) qu'il n'y a aucune raison pour entendre par *judicibus* les magistrats eux-mêmes et le décret par lequel ils organisaient le *judicium*.

(1) Mommsen, *Dr. public rom.*, VII, p. 268, et V, p. 122.

fut-ce que par imitation de ce qui se passait dans la procédure des *cognitiones*. L'inconvénient devint peut-être assez considérable, d'adresser toutes les causes directement à l'Empereur. L'encombrement de la chancellerie forçait souvent à attendre des années à Rome la reddition de la sentence d'appel (1). Le dérangement même, venir de Bétique ou d'Asie proconsulaire à Rome, pour toute affaire, si minime fut-elle, afin d'en saisir l'Empereur en personne ou le Sénat, devait être considéré comme une entrave odieuse, et d'autant plus ridicule que, dans les cas où le proconsul avait statué par délégation à un juge-commissaire au lieu de renvoyer à un juré, opérations assez analogues, en somme, tous ces inconvénients disparaissaient et le proconsul lui-même statuait en appel sur la sentence de son juge-commissaire (2). La différence des procédures était trop considérable en province et l'appel direct y était plein d'incommodités ; en Italie et à Rome, au contraire, l'appel direct à l'Empereur n'était guère plus incommode que la compétence de droit commun du Préteur urbain de

(1) Saint Paul attendit deux ans. *Act. Apost.*, 28, 30. — Cf. Renan, *Hist. des Orig. du christianisme*, IV. *L'Antéchrist*, p. 6 et Merkel, *Appellation*, p. 78. — Claude fut obligé de prendre des mesures de rigueur pour retenir les plaideurs qui craignaient de mourir à Rome avant la fin de l'instance en appel. V. Cuq, *Trois nouv. docum. sur les Cognitiones Caesarianae* (*N. Rev. H.*, 1899, p. 111) et P.-F. Girard, *Textes* (3), p. 191.

(2) Peut-être fut-ce même là une des causes que la procédure extraordinaire fut assez fréquemment employée par les proconsuls dès le II^e siècle. Dans ce cas, l'introduction de l'appel hiérarchique même pour les jurés aurait eu pour résultat de ralentir le mouvement de substitution d'une procédure à l'autre, ce qui expliquerait la survivance, en province, de la procédure formulaire, jusqu'au commencement du III^e siècle.

Rome même, et l'on était moins facilement porté à rapprocher les deux procédures pour les comparer, à cause que chacune était pratiquée par un ordre différent de magistrats judiciaires : la procédure ordinaire par le préteur urbain, le préteur pérégrin, les édiles curules et les magistrats municipaux ; la procédure des *cognitiones* par le Prince et ses divers préfets, les consuls, les préteurs spéciaux et les *juridici*.

β) Aussi est-il très naturel de penser que l'appel s'est hiérarchisé plus vite en province qu'en Italie et à Rome. L'époque de cette réforme et la façon dont elle s'est accomplie sont à vrai dire difficiles à déterminer dans l'état actuel des sources. On peut cependant supposer que la hiérarchisation d'autorités jadis absolument libres et seulement soumises au pouvoir de contrôle général du Prince dès le début de l'Empire (1), n'a pas dû se faire sans difficultés ni trop rapidement. Peut-être le Prince, pour éviter aux appelants le voyage de Rome, prit-il l'habitude de déléguer les appels qu'il recevait non plus à des consulaires siégeant à Rome, mais au gouverneur même qui avait organisé le *judicium*, soit directement, soit par son légat. La régularité de la délégation finit par faire croire que le gouverneur statuait en appel en son nom propre (2) ; ou peut-être, plus probablement, une constitution vint décider que l'appel serait toujours porté à celui qui avait nommé le juge, transformant ainsi l'état de fait créé par la permanence de la délégation en état de droit à peine différent et de conception un peu plus large. C'est, je crois, à cette réforme antérieure à la mort d'Anto-

(1) Mommsen, *Dr. public rom.*, V, p. 246.

(2) V. Merkel, *Appellation*, p. 136-137.

nin le Pieux en 161, et sans doute de peu antérieure (1), que font allusion deux rescrits des *Divi Fratres*, Marc-Aurèle et Vérus, datant donc de 161 à 169, après J.-C., rapportés au livre I^{er} de son recueil de constitutions impériales par Papirius Justus (Dig. 49. 1. 21 pr. et § 1).

Pr. Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt appellationes, quae recto ad principem factae sunt, omissis his ad quos debuerunt fieri ex imo ordine, ad praesides remitti.

§ 1. Idem rescripserunt ab iudice, quem a praeside provinciae quis acceperat, non recte imperatorem appellatum esse ideoque reverti eum ad praesidem debere.

Les deux rescrits posent la même règle, en apparence dans le même cas ; mais le premier a la portée d'un rappel à l'ordre général, le second au contraire n'est qu'une note de chancellerie apposée au bas de la supplique d'un

(1) Je suppose que le *de constitutionibus* de Papirius Justus, au moins dans les premiers de ses 20 livres, date du règne des *Divi Fratres*. En effet, sur les assez nombreux fragments qui nous en sont parvenus, tous, sauf un, sont de Marc Aurèle et Vérus ; l'unique exception, de Marc-Aurèle seul, est le dernier, tiré du livre 8. Si ces premiers livres dataient du règne de Marc-Aurèle seul (169 à 175 ap. J.-C.), il y aurait une beaucoup plus grande proportion de constitutions où le nom de Vérus serait absent. — V. P. Krüger, *Hist. des sources*, p. 257, qui est moins précis quant à la date. Ce point admis comme vraisemblable, et Papirius étant considéré comme contemporain des *Divi Fratres*, il n'est pas admissible que, si la réforme même avait été faite par eux, Papirius en ait laissé le texte de côté pour ne reproduire que deux constitutions qui en sont de simples rappels. De même des compilateurs du Digeste. La réforme est donc antérieure à la mort d'Antonin le Pieux. D'autre part, elle ne saurait être bien antérieure, puisque certains la connaissaient encore assez mal pour s'adresser directement au Prince, malgré tous les inconvénients de l'ancienne instance sur la nouvelle.

plaideur qui s'était adressé en trop haut lieu du premier coup. Ces divers rappels de la règle se conçoivent bien s'il s'agit d'une règle assez récente et encore mal connue dans les provinces ; ils sont au contraire à peu près incompréhensibles si on les rapporte aux *cognitiones*, où l'appel hiérarchique fonctionnait depuis deux siècles (1). Le second particulièrement est un indice du changement de droit que je crois probable.

A Rome même, le changement put être plus long à se produire ; mais, une fois la règle de l'appel à *is qui dedit judicem* posée en province, son extension à la capitale ne fut plus qu'une affaire de temps. L'appel s'y fit sans doute, des divers jurys civils au préteur (2), du préteur au préfet de la ville, et de celui-ci au Prince (3).

(1) Sous réserve de cette invraisemblance historique, on doit reconnaître que peut-être le premier des deux rescrits se rapporte aux décrets des décurions municipaux, par exemple en matière de nomination à des charges publiques ou privées. Les mots « *imus ordo* » peuvent désigner en style de chancellerie, la curie municipale de telle localité provinciale qui se désignerait elle-même du titre mieux sonnante de « *Amplissimus ordo curiae...* » Merkel, *Appellation*, pp. 69, 83-86 et 136, semble rapporter ces rescrits, tantôt à l'appel des décurions municipaux statuant comme jurés nommés par le duumvir, tantôt à l'appel de ces mêmes décurions rendant un décret d'administration comme Sénat local.

(2) On ne peut songer à s'appuyer sur la seconde phrase du texte de Paul (Dig. 49.2.2), *Quamvis hoc casu et sine appellatione quidam putent ab eo, qui eum dedit, sententia ejus corrigi posse*, car elle est à coup sûr une addition des compilateurs, comme je l'ai prouvé. — V. plus haut, p. 91 n. 2. Cela résulte peut-être seulement de ce que du préteur judiciaire on pouvait appeler au préfet de la ville.

(3) L'appel du préteur au *Praefectus Urbi* est formellement mentionné par Paul, *1 Decret.* (Dig. 4.4.38, pr.). L'affaire à propos de laquelle intervient l'appel est une affaire de résolution de vente immobilière. Une pupille y est bien intéressée, mais il ne s'en suit pas que le *praetor* doive être le préteur tuteur, qui n'était compé-

γ) Quant aux appels de *Quaestiones*, ils étaient portés au *Praefectus urbi*, et de là à l'Empereur, au temps des Sévères et sans qu'il soit possible de déterminer depuis quelque époque (1).

Ainsi, au début du III^e siècle, au moment où la procédure de l'*ordo judiciorum* va céder la place définitivement aux *Cognitiones*, l'appel interjeté d'une sentence de juré suivait vraisemblablement les mêmes voies que l'appel formulé contre un décret rendu *extraordinem*. On ne peut rien dire de plus ni prouver que les deux procédures d'appel aient été les mêmes ou dissemblables. Il convient d'avouer ici notre impuissance à retrouver quelque morceau de vérité, tant que ne seront pas plus nombreuses les sources qui nous sont parvenues de cette période obscure.

tent qu'en matière de nomination de tuteurs. Le préteur est donc bien le préteur urbain. Il est vrai que l'appel est dirigé non contre une sentence de juré nommé par le préteur, mais contre un décret refusant à la pupille la *Restitutio in integrum*. Mais je crois que l'on peut en conclure avec quelque vraisemblance que la décision du préteur, ayant statué sur l'appel formé à l'encontre d'une sentence de juré, était à son tour susceptible d'appel au *Praefectus urbi*, et la sentence d'appel de ce dernier à l'Empereur statuant en Conseil impérial. — En ce sens : Mommsen, *Dr. Public rom.*, V, p. 276, n. 2.

(1) Dion Cassius, 52.24. «... ἵνα... ὁ πολιάρχος... τὰς δίκας, τὰς τε παρὰ πάντων, ὧν εἶπον, ἀρχόντων ἐφεσίμους τε καὶ ἀναπομπίμους... κρίνη. » Les ἀρχόντες dont Dion Cassius a parlé précédemment, à la fin du paragraphe 20, sont les préteurs qui président les *Quaestiones*. Si ces conseils de Mécène sont historiques, ce qui est fort peu croyable, il faudrait faire remonter à Auguste cette compétence du préfet de la ville. Mais nous savons que celui-ci ne date, comme fonctionnaire permanent, que de l'Empereur Tibère. — V. plus haut, p. 137, note 2. Cf. Mommsen, *Dr. pénal rom.*, I, p. 256, n. 3 [*Strafrecht*. S. 220], *Dr. public rom.*, V, p. 369, n. 4.

APPENDICES

APPENDICE I

RELEVÉ DES TEXTES DU DIGESTE.

contenant les mots *Provoc...* (-are ; -atio ; -ator) et *Appell...* (-are ; -atio ; -ator) (en dehors des 13 premiers titres du livre 49).

Je donne ici le relevé complet de ces textes que l'on trouverait difficilement ailleurs dans l'état actuel des instruments de travail. Le *Vocabularium Jurisprudentiae romanae* de l'Académie de Berlin m'a servi de base pour relever la racine *Appell...* Quant à la racine *Provoc ..* qui n'est pas encore publiée, j'aurais dû renoncer à la rechercher partout où elle se trouve dans les écrits des jurisconsultes romains, sans l'extrême obligeance de M. le professeur Kübler, de l'Université de Berlin, qui a bien voulu me communiquer le manuscrit de son futur article du *Vocabularium*.

Ce relevé comprend donc les racines *Appell...* et *Provoc...*, se trouvant dans les restes des écrits des jurisconsultes, mais seulement au sens de « voie de recours à une autre autorité judiciaire ». J'ai même écarté les textes se rapportant à l'ancienne *provocatio ad populum* républicaine (Dig. 1.2.2.4, — 1.2.2.16, — 1.2.2.18).

La plus grande partie de ces textes est d'ailleurs à peu près inutilisable dans les recherches sur l'existence de l'appel dans la procédure de l'*Ordo judiciorum*. J'ai cependant cru opportun de donner les raisons pourquoi je les écarte de la discussion, dans les cas où ils n'interviennent pas dans le corps de cet ouvrage. Pour ceux qui sont examinés ailleurs, je renvoie à la page où on les trouvera.

Digeste, 1.11. 1. 1.	Procédure extraordinaire (1).
2. 8. 9.	Procédure ordinaire (2).
2. 8. 15. 6.	(?) (3).
2.12. 1. 1.	Procédure extraordinaire (4).
2.14. 40. 1.	(?) (5).
2.15. 7. pr.	(?) (6).
2.15. 11.	(?) (7).
3. 2. 6. 1.	(?) (8).
3. 5. 30 (31). 2.	Procédure ordinaire (9).
4. 1. 8.	(?) (10).
4. 4. 7. 2.	(?) (11).
4. 4. 7.11.	(?) (12).

(1) Appel interdit des sentences du préfet du Prétoire.

(2) Voir pp. 83 et 91.

(3) Effet suspensif de l'appel en matière pétitoire. Trop général.

(4) Inutilité, selon l'*Oratio Marci de feriis*, de recourir à l'appel pour faire tomber la sentence rendue par les préteurs extraordinaires de Rome, pendant les vacances judiciaires, en l'absence des deux parties.

(5) Transaction après appel interjeté. Le juge d'appel se règle sur elle, la partie qui a transigé étant considérée comme *confessa*. Trop général.

(6) Possibilité de transiger après le jugement, s'il y a possibilité d'appeler. Trop général.

(7) Même au cas où l'appel n'a pas été interjeté, possibilité de transiger quand on nie, de bonne ou de mauvaise foi, qu'il y ait eu jugement. Trop général.

(8) Effet suspensif de l'appel au point de vue de l'infamie résultant de certaines actions. Trop général.

(9) Voir p. 98.

(10) Différence de résultat entre la *restitutio in integrum ob aetatem* et *ob absentiam*. La première annihile le jugement contre le mineur. La seconde permet seulement à l'absent *rei publicae causa* de faire appel, sans doute une fois les délais écoulés. Trop général.

(11) Le mot *appellandum* ne paraît pas avoir ici le sens technique.

(12) Possibilité pour le mineur de faire appel, passés les délais. Trop général.

Digeste, 4. 4. 17.	Procédure extraordinaire (1).
4. 4. 18. 3.	(?) (2).
4. 4. 38. pr.	Procédure ordinaire (3).
4. 4. 39.	Procédure extraordinaire (4).
4. 4. 42.	Procédure extraordinaire (5).
4. 6. 1. 1.	(?) (6).
4. 6. 26. 9.	(?) (7).
4. 8. 32. 14.	(?) (8).
5. 1. 2. 3.	(?) (9).

(1) Impossibilité d'appeler des sentences du préfet du prétoire ; faculté de demander la *restitutio in integrum*, à cause des différences de but de ces deux voies de recours.

(2) Rescrit de Caracalla à Licinius Fronto : rappelant que le Prince seul peut accorder la *restitutio in integrum* à la suite d'une sentence rendue par un délégué de l'Empereur, jugeant à sa place, une cause en appel. — On ne voit pas l'autorité dont on avait appelé à Caracalla.

(3) Voir, p. 150, n. 3.

(4) Appel de chicane fait à l'empereur d'une *restitutio in integrum ob aetatem* prononcée par un gouverneur de province qui, en raison de cet appel, *cætera cognitionis distulit*.

(5) Bien qu'extraît du livre VI de *officio proconsulis* d'Ulpien, ce qui pourrait faire penser à la procédure ordinaire en vigueur dans les provinces sénatoriales, il semble bien que l'expression *contra suam vel decessoris sui sententiam* vise une *cognitio* du proconsul.

(6) Il semble bien que ce soit une erreur de donner à *appellare*, ici, le sens de *provocare*, comme fait le *Vocabularium Jurisprudentiae Romane*. — *Cumve magistratus de ea re appellatus esset*... , qui est la phrase même de l'Edit *Ex quibus causis majores*..., signifie : « ou quand le magistrat aura été saisi de cette affaire... », sans que l'idée de voie de recours intervienne à proprement parler ici. J'ai cependant jugé bon de signaler ce passage d'Ulpien, puisque le *Vocabularium* le mentionnait.

(7) *Restitutio in integrum* accordée aux provinciaux qui voyagent *appellationis gratia*. Trop général.

(8) L'exception de dol opposée à l'action *ex stipulatu* pour obtenir la *pæna* promise dans le compromis à défaut d'exécution volontaire de la sentence arbitrale est considérée comme une espèce d'appel.

(9) *Jus domum revocandi* accordé à celui qui est à Rome pour y soutenir un appel. Trop général.

Digeste, 5. 1. 29.	(?) (1).
5. 1. 73. 3.	Procédure extraordinaire(2).
5. 2. 8. 16.	Procédure ordinaire (3).
5. 2. 27. 3.	(?) (4).
5. 2. 29. pr.	Procédure ordinaire (5).
10. 2. 41.	(?) (6).
12. 6. 23. 1.	(?) (7).
17. 1. 8. 8.	(?) (8).
17. 1. 60. pr.	(?) (9).
17. 2. 25.	(?) (10).
20. 4. 16.	(?) (11).
21. 2. 63. 1. }	Procédure extraordinaire(12).
21. 2. 63. 2. }	
22. 1. 11. pr.	Procédure extraordinaire(13).
23. 2. 60. 8.	Procédure extraordinaire(14).

(1) Le premier qui interjette appel devient demandeur. Trop général.

(2) L'absent condamné après *edictum peremptorium*, s'il y a *contumacia*, ne peut faire appel. — Cf. Dig. 49.1.23.3.

(3) V. p. 94.

(4) Appel d'une sentence sur *Querela inofficiosi testamenti*. Pas de détail significatif.

(5) V. p. 72.

(6) Geminé avec Dig. 37.14.24. V. plus bas.

(7) Transaction après jugement et après appel. Trop général.

(8) Rescrit de Marc-Aurèle et de L. Verus à Catullus Julianus sur l'appel de fidejusseurs. Pas d'indice précis.

(9) Le débiteur peut être actionné quand bien même le créancier aurait déjà vaincu le mandataire du débiteur et que le mandataire aurait interjeté appel. Général.

(10) Décision impériale sur appel en matière de répartition des risques entre les associés. Pas de renseignements sur l'autorité d'où venait l'affaire.

(11) Appel d'un créancier hypothécaire. Pas d'indices.

(12) Appel dans un procès contre le fisc.

(13) Tuteur condamné qui ne fait pas appel.

(14) Le *tutor datus* fait appel de la sentence du préteur tuteur.

Digeste, 26. 5. 2.	Procédure extraordinaire (1).
26. 5. 28.	Procédure extraordinaire (2).
26. 7. 20.	Procédure extraordinaire (3).
26. 7. 25.	(?) (4).
26. 7. 39. 6.	Procédure extraordinaire (5).
26. 7. 39. 7.	(?) (6).
26. 7. 39. 12.	(?) (7).
26. 7. 57. 1.	Procédure extraordinaire (8).
27. 1. 16.	Procédure extraordinaire (9).
28. 1. 13. 2.	(?) (10).
28. 3. 6. 8. {	Procédure extraordinaire (11).
28. 3. 6. 9. {	
29. 5. 21. 2.	Procédure extraordinaire (12).
30. . . 50. 1.	Procédure ordinaire (13).
32. . . . 97.	(?) (14).
34. 9. 5. 12	Procédure extraordinaire (15).

(1) Appel d'un *tutor datus* contre sa nomination.

(2) Appel d'une nomination de tuteur.

(3) Appel d'une nomination de tuteur.

(4) *Provocantes* ne paraît pas avoir ici de sens technique. Il a le sens voisin de citer en justice. Je le donne cependant, car il est compris dans la liste, dressée par M. Kübler, qui paraîtra dans le *Vocabularium Jurispr. romanae*.

(5) Appel d'une nomination de tuteur.

(6) Tuteurs soutenant à Rome les causes d'appel de leurs pupilles. Trop général.

(7) Le consul prie le tuteur de continuer à s'occuper d'un procès pendant en appel au moment où se produit la puberté du pupille. Pas d'indice sur la procédure dont on avait appelé.

(8) Appel d'une sentence de gouverneur en matière criminelle.

(9) Excuse de tutelle admise sans appel.

(10) Appel en matière criminelle. Pas d'indices précis.

(11) Appel d'une sentence de gouverneur en matière criminelle.

(12) Appel d'une sentence de gouverneur en matière criminelle.

(13) Voir p. 67.

(14) Appel d'une sentence en matière de legs, *apud praesidem*; peut-être procédure *extraordinem*.

(15) Appel d'une sentence de gouverneur en matière criminelle.

Digeste, 35. 1. 48.	Procédure extraordinaire (1).
35. 2. 11. 3.	(?) (2).
36. 1. 83.	Procédure extraordinaire (3).
36. 3. 5. 1.	Procédure extraordinaire (4).
37. 14. 24.	(?) (5).
38. 2. 6. § 1.	Procédure extraordinaire (6).
38. 2. 14. 8.	(?) (7).
38. 2. 42. 3.	Procédure extraordinaire (8).
42. 1. 27.	Procédure extraordinaire (9).
42. 1. 32.	Procédure extraordinaire (10).

(1) Appel d'une cause fidéicommissaire tranchée dans la province impériale de Germanie.

(2) Effet suspensif de l'appel d'une sentence criminelle confisquant les biens. Trop général.

(3) Appel d'une sentence du proconsul d'Achaïe Aurelius Proculus, en matière fidéicommissaire.

(4) Appel d'une sentence dans une cause fidéicommissaire.

(5) Appel d'une sentence prononcée par le *judex* Hermogénès en matière de partage d'une hérédité. Peut-être cependant est-ce une sentence de l'*ordo*. En effet, si Hermogénès était un juge-commissaire, c'est à son déléguant que la demanderesse Camelia Pia aurait fait appel régulièrement et non à l'empereur. Celui-ci étant saisi sur appel ne pouvait l'être que d'un magistrat supérieur ou d'un juré. Or, s'il s'agissait d'un magistrat supérieur, préteur, gouverneur ou préfet, il est peu probable qu'il ait été désigné par ce simple *cognomen* d'allures peu romaines : Hermogénès. Il est donc plus vraisemblable, sans être autrement sûr, que cet Hermogénès était un juré.

(6) Même rescrit, plus détaillé : Dig. 38.2.42.3.

(7) L'accusateur qui abandonne sa poursuite avant la sentence ou après que le condamné a fait appel n'est pas considéré comme *accusator*, par faveur, en matière de succession entre patron et affranchi. Général.

(8) Appel d'un jugement déclarant faux un testament d'affranchi, en province. Probablement sentence criminelle.

(9) Appel d'une sentence de gouverneur en matière d'anatocisme.

(10) Appel d'une sentence prononcée par un juge, contre les constitutions impériales et les lois, considérant que celles-ci ne s'appliquent pas. Extrait des *Cognitiones* de Callistrate.

Digeste, 42. 1. 64.	(?) (1).
45. 1.122. 5.	(?) (2).
46. 3.102. 1.	(?) (3).
46. 7. 20.	(?) (4).
46. 8. 3. 1.	(?) (5).
47.10. 42.	(?) (6).
48. 2. 18.	Procédure extraordinaire (7).

(1) Geminé avec 49.1.24, pr. Mais, provenant d'un ouvrage différent (*XXV Digestorum*) de Scaevola. Le condamné à l'action de gestion d'affaires doit-il les intérêts de la somme à laquelle il a été condamné, depuis la condamnation de première instance jusqu'au rejet de son appel ?

(2) N'est pas un appel d'une décision du prêteur tutélaire, car il ne statuait qu'en matière de nomination de tuteurs. Peut-être appel d'un *praeses*, ou d'un *juridicus per Italiam* (Girard, Cours de Pandectes : *Textes sur la procédure extraordinaire*, mars 1907), ou enfin d'un juré.

(3) Consultation de Scaevola sur l'interprétation d'un jugement récent, rendu sur appel, et concernant les intérêts dus et à devoir. Trop général.

(4) On ne peut plus admettre l'attribution que faisait Lenel (*Edit.*, t. II, p. 269 et 279) et qu'il a ensuite abandonnée (*Z. Sav. Stift.*, 1903, p. 329, n. 2) de ce texte à la *satisfactio pro praede litis et vindictiarum*, ce qui l'aurait attribué en outre à la procédure ordinaire, puisque cette dernière *satisfactio* n'a jamais été fournie dans la procédure des *cognitiones*. Cf. Stintzing, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, p. 102 et Koschaker, *Translatio iudicii*, p. 314, n. 1. — Le texte nous mettant en face d'un *reus defensus*, la *satisfactio* dont il y est question est très vraisemblablement la *satisfactio iudicatum solvi*, qui a été pratiquée dans les deux procédures. Donc, texte trop général pour qu'on en puisse tirer même un indice.

(5) Appel fait par une personne d'une sentence contre elle prononcée à la suite d'une action défendue par un *falsus procurator* qui avait fourni la caution *de rato*. Or, celle-ci est due dans les deux procédures (*Code J.*, 2.56.1, pr.).

(6) Cf. Paul, *Sent.*, 5, 4, 18. Interdiction de faire du tapage injurieux au juge dont on fait appel. Trop général.

(7) Manque d'appel d'une décision de gouverneur déclarant le *querelans* déchu de son droit d'agir pour n'avoir pas rempli les *solemnia accusationis* dans le délai fixé.

Digeste, 48. 5. 18 (17). 6.	Procédure ordinaire (1).
48. 6. 7.	Procédure extraordinaire (2).
48.16. 1.14.	Procédure ordinaire (3).
48.18. 20.	Procédure extraordinaire (4).
48.19. 2. 2.	(?) (5).
48.20. 11. pr.	(?) (6).
49. Titres.1 à 13 in-clus.	(Siège de la matière).
49.14. 9.	(?) (7).
50. 2. 6. 4.	Procédure extraordinaire (8).
50. 4. 7. 1.	Procédure extraordinaire (9).
50. 5. 1. pr. {	Procédure extraordinaire(10).
50. 5. 1. 1. }	
50. 5. 8. 5.	(?) (11).
50. 5. 10. 3.	Procédure extraordinaire(12).
58.16.106.	(?) 13.
50.16.244.	(?) (14).

(1) V. p. 57.

(2) Le proconsul est tenu des peines de la loi *Julia de vi publica* quand il exécute une sentence corporelle sur un citoyen malgré sa *provocatio*.

(3) V. p. 60.

(4) Appel à l'empereur d'une sentence de gouverneur de province procuratorienne.

(5) Effet suspensif de l'appel en matière criminelle. Général.

(6) Les biens du condamné restent à sa disposition pendant l'instance d'appel. Général.

(7) Appel d'une sentence criminelle de *veneficium*. Pas d'indices. Cependant, considéré comme se rapportant à la procédure extraordinaire dans Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 525, note 23 a.

(8) *Provocatio* d'un père dont le fils a été nommé décurion.

(9) Réglementation du droit aux *honores* pendant l'instance en appel d'une sentence qui en prive.

(10) Appel pour faire valoir une excuse fondée sur le *jus liberorum*.

(11) Le plaideur retenu à Rome pour soutenir sa cause devant le tribunal de l'empereur est excusé des honneurs et des charges civiles.

(12) Appel pour faire valoir des excuses.

(13) Explication du terme *dimissoriae litterae*. Général.

(14) V. p. 39 et ss.

APPENDICE II

STATISTIQUE DE L'EMPLOI, AU DIGESTE,
des mots *Provoc* (—o,...—atio..—ator) et *Appell* (..—o,...—atio,..—ator)

	Provoc (— o, — atio, —	Appel (— o, — atio, ator)
Pomponius	3 (sens républicain).	
Vénuléius Saturninus. .		1
Gaius.		1
Papirius Justus.		8
Marcellus.		4
Cervidius Scaevola . . .	5	24
Papinien,.	13	7
Callistrate		i
Ulpien..	59	102
Paul..	9	19
Marcien	2	21
Macer..	5	64
Modestin	8	17
Arcadius Charisius.. . .	1	3
Hermogénien.	2	5

Vu :

Le Président de la thèse,
AD. AUDIBERT.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES TEXTES CITÉS

(A l'exception des textes énumérés à l'Appendice I)

Les textes marqués d'un * sont commentés avec quelque développement.

TEXTES JURIDIQUES

Code Grégorien :	10.1.1	p. 101, n. 2 — p. 102 n. 1.
	10.1.2	p. 101, n. 2 — p. 102, n. 2.
Code de Hammourabi :	art. 5.	p. 1, n. 2.
Code Justinien *	2.55. 1	p. 119, n. 1 — p. 122 et ss.
	3. 1.13.3 . . .	p. 75, n. 1 — p. 101, n. 1.
	3. 1.13.4 . . .	p. 100, n. 3 — p. 102, n. 1.
	3.31.12.pr. . .	p. 74, n. 1.
	7.17. 1.pr. . .	p. 14, n. 1 et 2.
	7.17. 1.3 . . .	p. 14, n. 2.
	7.58. 2	p. 144, n. 1.
	7.64. 7	p. 144, n. 1.
	7.65. 1	p. 102, n. 1.
	8.46 (47).6. . .	p. 110, n. 2.
	9.45. 5	p. 60 n. 2.
	* 9.47.15 . . .	p. 51, n. 2.
Digeste	1. 2. 2. 4. . .	p. 126, n. 1.
	1. 2. 2.16. . .	p. 126, n. 1.
	1. 2. 2.18. . .	p. 126, n. 1.
	1.16. 9. 6. . .	p. 119, n. 4.
	1.18.13.pr. . .	p. 119, n. 4.
	1.18.13. 1. . .	p. 119, n. 4.
	2. 8. 7.pr. . .	p. 90, n. 2.
	2. 8. 8. 1. . .	p. 90, n. 2.
	2. 8. 8. 2. . .	p. 90, n. 2.
	2. 8. 8. 3. . .	p. 90, n. 2.
	* 2. 8. 9	p. 85 et ss. — p. 91 et ss. — p. 116.
	2. 8.10	p. 90, n. 3.

Digeste

2.15.11	p. 16, n. 3.
* 3. 5.30 (31).2 .	p. 98 et ss. — p. 104, n. 1 et 121.
4. 4. 3.pr. . . .	p. 82, n. 3.
4. 4. 7. 3. . . .	p. 90, n. 2 et 3.
4. 4.17.	p. 69, n. 3.
* 4. 4.38.pr. . . .	p. 150, n. 3.
4. 4.42	p. 119, n. 4.
* 4. 8.27. 2. . . .	p. 5, n. 1 — p. 107 — p. 123
4. 8.41	p. 116, n. 2.
5. 1.15. 1. . . .	p. 12, n. 1.
5. 1. 2. 2. . . .	p. 38, n. 1.
5. 1.12. 1. . . .	p. 37, n. 1.
5. 1.12. 2. . . .	p. 37, n. 1 — p. 63, n. 2.
* 5. 1.18.pr. . . .	p. 38, n. 1.
5. 1.27	p. 63, n. 2.
* 5. 1.46	p. 38, n. 1 et p. 117, n. 1.
* 5. 1.47	p. 120, n. 1.
5. 1.58	p. 20, n. 3.
5. 1.73.pr.	p. 75, n. 1 — p. 101, n. 1.
5. 1.73. 3. . . .	p. 102, n. 1.
5. 1.74.pr.	p. 95, n. 3.
5. 2. 8.pr.	p. 96, n. 1.
5. 2. 8. 1.	p. 96, n. 1.
5. 2. 8. 2.	p. 83, n. 2.
5. 2. 8.14.	p. 96, n. 1.
* 5. 2. 8.16.	p. 72 — p. 80, n. 1 — p. 94 et ss.
* 5. 2.13	p. 84, n. 1.
5. 2.17. 2.	p. 73 — p. 75.
5. 2.18	p. 73 — p. 75.
* 5. 2.29.pr.	p. 72 — p. 76, n. 1.
* 5. 2.29. 4.	p. 76, n. 1.
* 5. 3. 7.pr.	p. 67, n. 1.
11. 4. 1. 1.	p. 42, n. 1.
* 12. 6.23. 1.	p. 16, n. 2 et n. 3 — p. 121, n. 1.
23. 2.19	p. 138, n. 3 — p. 140, n. 1.
27. 2. 5	p. 119, n. 4.
27. 2.11	p. 119, n. 4.
27.10. 5	p. 86, n. 1.
* 30. . . 50.1	p. 67 et ss. — p. 79, et p. 79, n. 1.
34. 9. 1	p. 96, n. 1.
*42. 1.14	p. 54.
42. 1.33	p. 19, n. 1 — p. 144, n. 1.
42. 1.36	p. 87, n. 1.
42. 1.37	p. 87, n. 1.
42. 1.38	p. 87, n. 1.

Digeste.

42. 1.39	p. 87, n. 1.
42. 1.53	p. 100, n. 3.
44. 7.61. 1. . . .	p. 52, n. 1.
46. 7.20	p. 36, n. 3.
*46. 8. 3. 1. . . .	p. 121, n. 1.
47.19. 1	p. 59, n. 2.
47.20. 1	p. 59, n. 2.
*48. 5.18 (17).6 .	p. 57 et 114, n. 2.
48. 8. 1.pr. . . .	p. 58, n. 2.
48.10. 1. 4. . . .	p. 46, n. 3.
48.11. 7.pr. . . .	p. 37, n. 1.
48.16. 1.11. . . .	p. 59, n. 2.
*48.16. 1.14. . . .	p. 59, n. 2.
48.16. 7. 1. . . .	p. 60.
48.16.15. 1. . . .	p. 59, n. 2.
49. 1. 5. 1. . . .	p. 73 — p. 73, n. 2.
49. 1. 5. 2. . . .	p. 73 — p. 73, n. 1.
49. 1. 8.pr. . . .	p. 17, n. 2.
*49. 1.14.pr. et §1	p. 71 et ss. — p. 73, n. 2 — p. 76, n. 1 — p. 78, n. 2 et 3.
49. 1.19	p. 144, n. 1.
*49. 1.21.pr. . . .	p. 149 et ss.
*49. 1.21. 1. . . .	p. 149 et ss.
*49. 1.23.pr. . . .	p. 117 et ss. — p. 121, n. 1.
49. 1.23. 3. . . .	p. 102, n. 1.
49. 1.28. 1. . . .	p. 102, n. 1.
*49. 2. 2.	p. 91 et ss. — p. 116 — p. 150, n. 2.
49. 3. 2	p. 126, n. 1.
49. 5. 5. 3. . . .	p. XV, n. 2.
49. 8. 1.pr. . . .	p. 16, n. 3.
49.13. 1.pr. . . .	p. XVI, n. 2.
49.16. 3. 1. . . .	p. 41, n. 1 — p. 42, n. 1.
50. 9. 4.	p. 82, n. 3.
*50.16.131.1 . . .	p. 41, n. 1 — p. 42, n. 1,— p.51, n. 1.
50.16.244	p. XVII — p. 30, n. 1 — p. 39 et ss. — p. 47 et ss. — p. 50, n. 1 — p. 52,n. 1,— p. 53, n. 1.
50.17.123.1. . . .	p. 74, n. 1.
Gaius. Instit. 1. 20	p. 87, n. 2.
1.188	p. 117, n. 2.
*3.180	p. 17, n. 4.
4. 14	p. 37, n. 1 — p. 38, n. 1.
4. 91 et 94	p. 90, n. 1.

Justinien. Instit.	2.23.1	p. 140, n. 1.
	*2.25 pr.	p. 138, n. 3.
Loi des XII Tables	2. 2.	p. 11, n. 1.
	8. 4.	p. 44, n. 2.
	8.16 ^b	p. 44, n. 3.
	*9. 3	p. 10, n. 2.
Novelles de Justinien	82.5	p. 102, n. 1.
Paul: Sentences	5.5 ^a .6 (7).	p. 100, n. 2 — p. 102, n. 1.
	5.5 ^a .6 ^a	p. 16, n. 3.
	5.5 ^a .7 ^a	p. 102, n. 1.
	5.5 ^a .8	p. 16, n. 1.
	5.53.7	p. 14, n. 2.
Paul. Institutes (<i>Frag. de Bruzel-</i> <i>les</i>).		p. 136 n. 1.

TEXTES LITTÉRAIRES

Apulée : <i>de Mundo</i> ,	35	p. 87, n. 2.
Aulu-Gelle: <i>Noct. Att.</i>	12.13.2.	p. 12, n. 3 — p. 35, n. 2.
	14. 2.1.	p. 143, n. 4.
	14. 2.9.	p. 12, n. 2 et n. 3.
	*20. 1.7.	p. 10, n. 2 — p. 38, n. 1.
Capitolin : <i>Vita Marci Ant.</i>	24	p. 58, n. 2 — p. 61, n. 2.
César :		
<i>de Bello civili</i>	3. 1.	p. 20, n. 2 — p. 27, n. 2.
	*3. 20. 1	p. 27, n. 2.
Cicéron :		
<i>Brutus</i>	27.106.	p. 56, n. 1.
<i>pro Caecina</i>	38. 97.	p. 15, n. 1.
<i>pro Cluentio</i>	41.116.	p. 4, n. 2.
	42.117.	p. 4, n. 2.
	*43.120.	p. 7, n. 4 — p. 9, n. 2.
	43.122.	p. 3, n. 2.
	46.128.	p. 41, n. 1.
<i>Divin. in Cæcilium</i>	*17. 56.	p. 20, n. 4 — p. 32, n. 2.
<i>de Domo sua</i>	17. 45.	p. 41, n. 1.
	*29. 78.	p. 13, n. 1 — p. 15, n. 1.
<i>pro Flacco</i>	*21. 49.	p. 16, n. 3 — p. 17, n. 1 et n. 4, — p. 18, n. 1 — p. 19, n. 1 — p. 20, n. 1 — p. 144, n. 1.
<i>pro Murena</i>	12. 26.	p. 1, n. 2.
<i>de Oratore</i>	1. 59.177. . . .	p. 63, n. 1.
	1. 59.178. . . .	p. 63, n. 1.
	2. 70.285. . . .	p. 114, n. 2.

<i>Philipp.</i>	1. 9. 21 . . .	p. 23, n. 1.
	1. 9. 22 . . .	p. 23, n. 1.
	13. 3. 5 . . .	p. 23, n. 2.
<i>de Re Publica</i>	5. 2. . . .	p. 6, n. 3 — p. 7, n. 2.
	5. 3. . . .	p. 6, n. 3 — p. 7, n. 2.
<i>pro Roscio Amer.</i>	30. 85. . . .	p. 58, n. 2.
<i>pro Roscio Comoed.</i>	15. 45. . . .	p. 109, n. 2.
<i>pro Sulla</i>	22. 63. . . .	p. 4, n. 2.
<i>in Vatinius</i>	14. 33. . . .	p. 25, n. 1.
	14. 34. . . .	p. 3, n. 3.
	14. 54. . . .	p. 25, n. 1.
<i>in Verrem II*</i>	2. 13. 32 . .	p. 124, n. 3.
	*2. 13. 33 . .	p. 25, n. 2.
	2. 13. 34 . .	p. 124, n. .
	*2. 23. 57 . .	p. 25, n. 2.
	3. 11. 28 . .	p. 37, n. 1.
	3. 13. 32 . .	p. 113, n. 3.
	3. 60. 140 . .	p. 113, n. 3.
Denys d'Halicarnasse	4. 25 . . .	p. 7, n. 2.
	4. 36 . . .	p. 7, n. 2.
	10. 1 . . .	p. 7, n. 2.
Dion Cassius : <i>Histor.</i>	46. 55. . .	p. 130, n. 4.
	*51. 19. . .	p. 128, n. 1. — p. 130 et ss.
	51. 20. . .	p. 138, n. 1.
	*52. 21. . .	p. 61 — p. 138, n. 1 — p. 151, n. 1.
	*52. 33 . .	p. 134, n. 2.
	54. 26. . .	p. 113, n. 1.
Festus : v° <i>Multa</i>		p. 42, n. 1.
Frontin : <i>de Aquaed.</i>	127. . . .	p. 44, n. 2 — p. 46, n. 3.
<i>de Limit.</i> (Lachmann, I, p. 43).		p. 114, n. 2 — p. 116, n. 2.
Lactance : <i>Instit. Div.</i>	3. 20. 16. .	p. 87, n. 2.
	3. 20. 17. .	p. 87, n. 2.
Luc (S.) : <i>Acta Apostol.</i>	28. 30. .	p. 147, n. 1.
Lucien : <i>Ἀποκηρυττόμενος</i>	*11. . . .	p. 5, n. 2 — p. 107, n. 3 — p. 110 et ss. — p. 122, n. 1 — p. 129.
Macrobe : <i>Saturn.</i>	3. 16. 4 .	p. 11, n. 1.
Ovide : <i>Epist. ex Ponto</i>	1. 3. 63. .	p. 24 n. 1.
<i>Trist.</i>	2. v. 93 à 95.	p. 63, n. 1.
Plaute : <i>Rudens</i> (prologue, v. 19)*.		p. 4, n. 2.
Pline l'Ancien : <i>Hist. nat. Prae-</i>		
<i>fatio*</i> .		p. 5, n. 2 — p. 108 — p. 114, n. 2.
Pline le Jeune : <i>Epist.</i>	6. 33. 3. .	p. 82, n. 2.
	6. 33. 9. .	p. 63, n. 1.
Plutarque : <i>Brutus</i>	14.	p. 28, n. 1.

<i>Tib. Gracchus</i> 16.	p. 22, n. 1.
Pollux : 8.126	p. 111, n. 1.
8.127	p. 111, n. 1.
Quintilien : Instit. Orat 4. 2.45	p. 125, n. 3.
5. 2. 1	p. 13, n. 1.
11. 1.78	p. 13, n. 1 et 89, n. .
12.10.53	p. 125, n. 3.
Senèque : Apokolokynt.	p. 142, n.
<i>de Benef.</i> 3. 7.	p. 114, n. 2
3. 8.1.	p. 114, n. 2.
6.37.	p. 24, n. 1.
Suétone : Vit. Caes. *12.	p. 23, n. 4.
41.	p. 20, n. 2.
<i>Vit. Aug.</i> 29.	p. 114, n. 2.
32.	p. 125, n. 2.
*33.	p. 137 et ss.
<i>Vit. Gai.</i> 16.	p. 141, n. 2.
<i>Vit. Claud.</i> *14.	p. 142, n. 2 — p. 143, n. 4
15.	p. 30, n. 2 — p. 142, n. 2.
16.	p. 125, n. 3.
23.	p. 138, n. 3.
<i>Vit. Ner.</i> 17.	p. 145, n. 2.
<i>Vit. Dom.</i> *8.	p. 65, n. 2 — p. 67, n. 1 — p. 81.
9.	p. 83, n. 1.
Tacite : Annales 13. 4	p. 143, n. 1.
13.28	p. 47, n. 1.
*14.28	p. 143 et ss. — p. 145, n. 1.
Valère Maxime . Mém. *5.4.7.	p. 18, n. 1 — p. 19, n. 2.
*6.4.4.	p. 24, n. 1.
Varron (dans Festus, V^o Multa).	p. 42, n. 1.
Auteurs inconnus : Incertus Auc- <i>tor Magistratum</i> (éd Huschke).	p. 141, n. 1.
<i>Lexicon Cantabrigiense</i> , 673, v ^o Μη οἷσα δειχῇ	p. 111, n. 1.
(éd. Porsch, à la suite du <i>Photii</i> <i>lexicon</i>).	

TEXTES ÉPIGRAPHIQUES

Loi Acilia repetundarum , 56.	p. 15, n. 2.
Loi agraire de 643 , 35	p. 37, n. 1.
Loi agraire de 695 (<i>César</i>), 5 ou 55	p. 37, n. 1 — p. 106, n. 3.
Loi de Malacca , 62.	p. 44, n. 3.
66.	p. 15, n. 1 — p. 47, n. 1.

Loi de Salpensa, 37.	p. 128, n. 1.
Loi de Tarente, l. 4.	p. 42, n. 1 — p. 44, n. 3.
Lex de Imperio Vespasiani . .	p. 135, — p. 142.
Fragmentum Atestinum. . . .	p. 37, n. 1 — p. 106, n. 3.
Inscription de Spolète.	p. 42, n. 1.
Table d'Héraclée (<i>lex Julia municipalis</i> ? l. 44 et 45.	p. 37, n. 1.
Sénatus-Consulte Hosidien . .	p. 44, n. 3.
Inscription de l'aqueduc de Venafrum	p. 114, n. 1 — p. 143, n. 4.
C. I. L. — X. 5393	p. 114, n. 2.

Collections de Papyrus

B. G. U. — 136	p. 34, n. 3.
614	p. 113, n. 2.
Oxy. — I. 37	p. 34, n. 3.
I. 67	p. 34, n. 3. — p. 120, n. 1. — p. 120, n. 2.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
